This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL OZHW 0

HARVARD LAW LIBRARY.

Received July 25, 1901.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

herausgegeben von

Dr. J. Chr. Hotzel,
OLGRath in Jena.

Zwölfter Band.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Frommann.
1865.

Digitized by Google

Rec. July 25, 1901

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis zum zwölften Jahrgang.

Strafrecht und Strafverfahren.

Seite

Zu Art. 275 Abs. 2 des StGBuchs über die Modalität der lebensgefährlichen Drohungen 49

Zu Art. 100 des StGBuchs und §. 18 der (Weimar.) Verordn. vom 1. Dec. 1847 über die Errichtung eines Gensdarmeriecorps 50

Zu Art. 306 Ziff. 2 und Art. 207 Ziff. 2 der (Reuß.) StPOrdnung über das unbefugte Auftreten eines Privatanklägers an der Stelle des Staatsanwalts in der Appellationsinstanz 51

Zu Artt. 371. 372. 306 Ziff. 4 der StPOrdnung über die Beschränkung der im Abs. 3 des Art. 372 angedrohten Nichtigkeit auf die in diesem Artikel angegebenen Proceßhandlungen 54

Zu Art. 70 al. 2 des StGBuchs und Artt. 50 und 97 al. 4 der StPOrdnung über die Auslegung dieser Artikel unter einander hinsichtlich der Theilnehmer und Begünstiger ꝛc. 56

Zu Art. 306 Ziff. 2. 5 und 6 und Art. 208 Ziff. 2 der StPOrdnung über die Auslegung des Umfangs einer Denuntiation als eines von einem „Betheiligten" gestellten Strafantrags 59

Zu Art. 269 des StGBuchs — §§. 5. 6 und 29 des (Weimar.) Gesetzes vom 13. April 1821 — §. 9 des Gesetzes vom 6. Januar 1849 — §. 1 des Ges. vom 6. Mai 1850 — §. 7 des Patents vom 19. Januar 1819 — authent. Interpret. vom 20. September 1841 und 12. September 1843 über den objectiven Thatbestand des Wilddiebstahls 61

Zu §. 5 des Fürstl. Sondersh. Sabbaths-Edicts vom 23. März 1765 . . 63

Zu Artt. 252 und 253 des StGBuchs über den Versuch bei dem Verbrechen der Urkundenfälschung 115

Zu Art. 255 des StGBuchs über den Begriff „Vermögensnachtheil" . . . 116

Zu Art. 241 des StGBuchs über die Modalität der betrügerischen Handlung 118

Zu Art. 248 des StGBuchs über die Ausdehnung desselben auf falsche Angaben zu Gunsten dritter Personen 118

Zu Artt. 297 u. 58 des StGBuchs und Art. 2 Ziff. I. 1 u. 3 der StPOrdnung über den Einfluß von Milderungsgründen auf die Competenz der verschiedenen Strafrichter 119

Zu Artt. 69 und 247 des StGBuchs über das Zusammentreffen verschiedener Strafgesetze ꝛc. 120

Digitized by Google

Seite

Zu Artt. 18. 31. 269 und 274 des StGBuchs zur Auslegung der Artt. 269 und 274 122

Zu Art. 207 Ziff. 2. Art. 306 Ziff 2 und 3. Art. 255 Abs. 2 der (Goth.) StPOrdnung und §. 23 Abs. 3 und 38 der Gothaischen Gesindeordnung über die Abweichung des Enderkenntnisses vom Verweisungsbeschluß ꝛc. 123

Zu Art. 189 des StGBuchs und Art. I al. 2 des (Weim.) Einführungsgesetzes zu demselben vom 20. März 1850 über Ehrverletzungen zwischen Eheleuten 126

Zu Artt. 317 und 326 des GGBuchs und Artt. 260 und 190 der StPOrdn. (Altenb.) über den Begriff des Worts „Betheiligten" 127

Über eine Reform der für die Wahl zum Geschwornenamt in Sachsen-Weimar, den beiden Fürstenthümern Schwarzburg und im Fürstenthum Reuß J. L. bestehenden gesetzlichen Bestimmungen 129

Zu Art. 306 Ziff. 4 und Art. 374 der StPOrdnung über den Beginn und die Dauer der Terminszeit bei öffentlichen Verhandlungen in einzelrichterlichen Sachen rücksichtlich der Contumacialfolgen 185

Zu Artt. 371 und 372 der StPOrdnung über die Frist zur Angabe der Beweismittel in vor Einzelrichtern anhängigen Ehrenkränkungssachen . . . 187

Zu Art. 221 Ziff. 2 des StGBuchs über den Begriff „nachgemachte Schlüssel" 188

Zu Artt. 97 und 271 der StPOrdnung und §. 57 der Novelle vom 9. December 1854 über den Verzicht auf den Strafantrag bei sogenannten Antrags-Verbrechen 190

Zu Art. 332 Ziff. 3 und Art. 373 Abs. 6 der StPOrdnung über die Erfordernisse der Giltigkeit der Protokolle 248

Zu Art. 170 des GGBuchs und Art. 190 Ziff. 2 und Art. 260 Ziff. 2. Art. 241 Abs. 2 und Art. 242 Ziff. 2 der (Altenb.) StPOrdnung über die Abweichung des Straferkenntnisses vom Verweisungserkenntnisse . . . 250

Zu Art. 306 Ziff. 4 und 5 und 313 der StPOrdnung — und Art. 213 des StGBuchs über die Mängel des objectiven Thatbestands des Diebstahls 253

Zu Art. 306 Ziff. 5 der StPOrdnung und dem (Weimar-Eisen.) Mandat vom 2. September 1749 wegen nächtlichen Auffitzens in den Wirthshäusern 255

Zu §. 20 des Gesetzes vom 28. Mai 1857 (Weimar) und Art. 100 des StGBuchs über die Nothwendigkeit der Zuziehung eines verpflichteten Gerichtsschöppen bei der Beschlagnahme von Hülfsgegenständen . . 307

Zu Art. 221 Ziff. 2 des StGBuchs zur Auslegung der Worte: „oder sonstige Werkzeuge" 309

Zu Artt. 98 und 189 des StGBuchs und Art. 306 Ziff. 5 der StPOrdnung über den Umfang der Worte: „thatsächlicher Verhältnisse". 310

Zu Artt. 1 und 201 der StPOrdnung über den locus delicti bei Beleidigungen, welche durch mittelst der Post übersendete Briefe begangen worden, in Betreff der desfallsigen Gerichtszuständigkeit 312

Zu Art. 23 Ziff. 2 und Art. 25 des StGBuchs über den Thatbestand des strafbaren Versuchs eines Verbrechens 313

Zu Artt. 201 und 208 der StPOrdnung über die Competenz der Kreisgerichte im Verhältniß zu Einzelrichtern bei dem Zusammentreffen einer einfachen mit einer qualificirten Entwendung 314

Zu Art. 310 des StGBuchs über den Thatbestand des Verbrechens der vollendeten activen Bestechung 315

Zu Artt. 94 und 95. 63. 29 und 39. 160 und 189 des StGBuchs und Art.

Digitized by Google

Seite.

305. Ziff. 5 und 6 der StPOrdnung über das Erforderniß des dolus bei den Verbrechen gegen Artt. 94 und 95 und über die Auslegung des Art. 63 des StGBuchs 317

Zu Artt. 287 und 306 Ziff. 4 der StPOrdnung über die Frageſtellung an die Geſchwornen und über die in der Verweigerung einer desfalls von dem Angeklagten beantragten Frage von Seiten des Gerichtshofs begangene Nichtigkeit 320

Über die Gültigkeit der von dem Fürſtlichen Landrathsamt Frankenhauſen erlaſſenen Straßenpolizeiordnung vom 4. November 1858 322

Zu den §§. 18 u. 21 der Weimarſchen Gewerbeordnung vom 30. April 1862 über die Auslegung der Worte: „ſelbſtändige Ausführung und Leitung von Bauten" 323

Zu Artt. 201 und 208 der StPOrdnung über den aus der unrichtigen Benennung des Gerichts abgeleiteten Nichtigkeitsgrund 325

Über die Aufhebung der deutſchen Grundrechte in Betreff der Preßvergehen durch die Coburger Landesverfaſſung vom 3. Mai 1852 und Art. 2 der StPOrdnung 325

Zu §. 2 des Geſ. vom 21. September 1857 die Einführung der StPOrdn. im Herzogthum Coburg betr. — Art. 2 und Art. 15 derſ. und §. 143 der deutſchen Reichsverfaſſung ꝛc. und Art. 98 des StGBuchs über die Competenz der Kreisgerichte für Preßvergehen ꝛc. 327

Zu Artt. 258 und 259 der StPOrdnung über die Formulirung der Straferkenntniſſe . . . . . 386 u. 408

Zu Artt. 185. 187 und 189 des StGBuchs über den Thatbeſtand des Verbrechens der Verleumdung ꝛc. 387

Zur Auslegung des Fürſtlich Reußiſchen (J. L.) Geſetzes vom 30. Juli 1852 über das polizeiliche und ſtrafrechtliche Verfahren gegen Vagabunden . 389

Zu Art. 196 des StGBuchs über „rechtsbegründeten Beſitz" und „eigenmächtige Wegnahme" 390

Zu Artt. 269 und 271 des StGBuchs und §. 4 des (Sondersh.) Geſ. vom 11. Juli 1857 die Wiederherſtellung der früheren Jagdrechte betr. rückſichtlich eingefriedigter Grundſtücke 392

Zu §. 11 des (Weimarſchen) Geſetzes vom 1. Mai 1850 und Art. 213 des StGBuchs über Auslegung der Worte „fremde bewegliche Sache" . . 293

Zu Artt. 166. 30—35 des StGBuchs für das Fürſtenthum Reuß-Greiz vom 27. November 1861 über das Verbrechen des Menſchenraubs, über desfallſige Vorbereitungs und resp. wirkliche Verſuchshandlungen ꝛc. 394

Zu Art. 189 des StGBuchs und Artt. 10. 12. 13. 21. 24. 17 der zwiſchen dem Königreich Preußen und dem Herzogthum Sachſen-Coburg-Gotha am 1. Juni 1861 abgeſchloſſenen Militär-Convention 401

Zu Art. 306 Ziff. 5 der StPOrdnung und §§. 60 und 61 des Fürſtl. (Sondersh.) Geſetzes vom 15. April 1845 die Biermalzſchrotabgabe betr. . . 406

Civilrecht.

Die Rechtsanſprüche aus dem außerehelichen Beiſchlafe nach S. Altenburgiſchem Rechte 1

Kann ein Beamteter, welcher eine formell ungiltige Hypothek beſtätigte, ſich

Digitized by Google

Seite

einredeweise damit schützen, daß er dem zu Schaden gekommenen Gläubiger, von dem er in Anspruch genommen wird, entgegensetzt, derselbe habe selbst die Verpflichtung, die Gesetze zu kennen, sei also mit ihm in gleicher Schuld 39

Über die Haftpflicht der Lotterie-Direction für betrügerische oder schuldhafte Handlungen der Lotterie-Hauptexpedition, der Hauptcollecteure ꝛc. ꝛc. den Spielern gegenüber 43

Über den Einfluß ungewöhnlicher Naturereigniſſe auf vertragsmäßige Leistungen bei erpachteten Feldgrundstücken 47

Ist nach Gothaischem Recht die Eintragung eines Wiederkaufsrechts in das Grund- und Hypothekenbuch zulässig? 94

Von dem Retracte bei dem Mengekaufe 103

Über das Vermögen der Wüstungsgemeinden im Großherzogthum Sachsen . 109

Nach welchem Rechte richten sich die Ansprüche eines außerehelich gebornen Kindes, wenn der Schwängerer, bezüglich die in subsidium zur Alimentation des Kindes Verpflichteten in Ländern leben, wo hierüber verschiedenes Recht gilt? 199

Über die Verpflichtung der Eltern eines Schwängerers zur Alimentation seines außerehelich erzeugten Kindes nach Gothaischem Recht 202

Über die Rechtsbeständigkeit der vor dem (Sondersh.) Gesetze vom 11. Mai 1830 abgeschlossenen, aber nicht zur gerichtlichen Anzeige gediehenen und nicht confirmirten Kaufcontracte über Liegenschaften 227

Über das sogenannte Verbot des Kaufs der Früchte auf dem Halme . . . 237

Über die Tradition eines idealen Theils an einer Sache 241

Worin besteht die Uebergabe der mit einem Grundstücke verbundenen Gerechtigkeit? 242

In wie fern sind nach den für das Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach geltenden gesetzlichen Bestimmungen Erbpachtsgefälle ablösbar? 257

Über den Begriff von Leeden und über den Beweis der Leedeneigenschaft einer Bodenfläche; das Obereigenthum der Gerichtsherrschaft an Leeden hat keinen privatrechtlichen Charakter 265

Darf ein Gläubiger durch Freigebung des für die Schuld bestandenen Unterpfands die Lage des Bürgen verschlimmern? 271

Über constitutum possessorium — über zur Revocation einer Schenkung berechtigende injuria atrox 276

Die Verschollenheit und Todeserklärung nach S. Altenburgischem Privatrecht 337

Die außergerichtliche Zustimmung der Ehefrau zu einer Verpfändung ihrer Sachen durch und für den Ehemann ist ungiltig, wie letztere es für sich ist 366

Über die Entstehung, rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit des Rechtes, Laub, Gras u. s. w. in fremden Waldungen zu sammeln und zu holen . . . 372

Zur Lehre von der Gewährung der Viehmängel nach Weimarschem Rechte . . 379

Die Schenkung des Vermögens unter Lebenden begründet nur eine Singularsuccession hinsichtlich der einzelnen Activa auf den Beschenkten, niemals aber eine Universalsuccession in Ansehung der Passiven 381

Über die bona und mala fides bei der Klagenverjährung 384

Über die Folgen der cessio bonorum 386

Digitized by Google

Civilproceß.

Seite

Über die Zuständigkeit zu Verhängung der Curatel über Verschwender ꝛc. und die Voraussetzungen der letzteren 36

Kann der Nachweis, daß ein Geschäft, welches eine bestimmte gerichtliche Form erfordert, in dieser wirklich vorgenommen worden sei, gegenüber den vorliegenden gerichtlichen Urkunden durch andere Beweismittel geliefert werden? 37

Über die Begründung einer Entschädigungsklage gegen einen Beamteten, welcher eine formell ungültige Hypothek bestätigte, wenn dem dabei in Schaden gekommenen Gläubiger die Einrede entgegengesetzt werden kann, derselbe habe sich dabei einer gleichen Fahrlässigkeit schuldig gemacht . . . 40

Unmündigkeit als Nichtigkeitsgrund 41

Form der Proceßvollmachten in Rechtsstreitigkeiten der Gemeinden 109

Über Gerichtszuständigkeitsfragen im Großherzogthum S. Weimar: I. das Edictalverfahren und die Todeserklärung Verschollener betr.; 145

II. die Verwaltung eines Nachlasses und die Ausantwortung desselben an die Betheiligten betr.; 148

III. über die Zuständigkeit zur Vorladung unbekannter Erben 149

Über Restitution überhaupt und namentlich der Gemeinden 153

Ein in einer Civilsache aufgenommenes Protokoll ist um deswillen, weil es den Parteien nicht vorgelesen und von ihnen nicht unterschrieben ist, nicht ungiltig (Gotha.) 155

Kann der Fiscus zu Verzugszinsen verurtheilt werden? 157

Zur Auslegung des §. 34 lit. b der Altenb. Proceßnovelle vom 14. October 1852 und des §. 55 al. 2 des Gesetzes vom 7. April 1823 über den unbestimmten summarischen Proceß 172

Über Abänderung des rechtskräftig auferlegten Veritätseides in einen Creditätseid 193

Die Execution rechtskräftig entschiedener Klagposten kann durch das Vorhandensein noch anderer illiquider nicht gehindert werden 195

Über die Proceßlegitimation von Gemeinden, welche mit einer innerhalb der Gemeinde bestehenden besonderen Genossenschaft Proceß führen. . . . 204

Das Expropriationsverfahren gehört nach der Weimarschen Gesetzgebung ohne Rücksicht auf das Object in erster Instanz vor die Einzelrichter, in zweiter Instanz vor das Kreisgericht 207

Die Feststellung der Vormundsgebühren gehört erstinstanzlich vor die Justizämter, in zweiter Instanz vor die Kreisgerichte (Weimar.) 211

Über die Eintragung von Kindern in das Dissidenten- und Civilstandsregister 212

Über den Beweis ausländischer Gesetze insbesondere des in den vereinigten Staaten Nordamerika's geltenden Ehe- und Erbrechts 213

Über den Judeneid nach Gothaischem Proceßrecht 246

Über mutatio libelli 274

Über die Auswahl der Hülfsgegenstände nach Fürstlich Reußischer (J. L.) Gesetzgebung 282

Über die Folgen des unterbliebenen rechtlichen Gehörs im ersten Verfahren; ferner über den Beweis durch sogenannte Dispositionszeugen 286

Über Begründung der Public. in rem act. insbesondere über die Erforderlichkeit der Behauptung, daß nach der Besitzergreifung der Besitz auf Seiten des Beklagten noch zur Zeit der Klage fortdauere 366

Digitized by Google

Seite

Unter welchen Voraussetzungen ist der Nichtigkeitsgrund „Verstoß gegen klare Bestimmungen der Landesgesetze" anzuwenden? 368
Zur Auslegung des §. 113 des Weimarschen Prioritätsges. vom 7. Mai 1839 377
Über die Wirksamkeit der res judic. bei jährlich wiederkehrenden Leistungen . 383

Wechselrecht und Wechselproceß.

Über den eigenen Wechsel in Form einer Tratte ohne distantia loci nach Artt. 6 und 96 d. A. D. Wechselordnung 157
Über kaufmännische Anweisungen 276
Zur Auslegung des Art. 95 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung . . 368

Literarische und bibliographische Umschau.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I. Bd. 1. Abtheil. 173
Marcard, Beiträge zur Gefängniskunde ꝛc. 182
Löhr, Centralorgan für das deutsche Handels- u. Wechselrecht I. Bd. 1. Heft 182
Gengler, cod. jur. municip. Germaniae med. aevi etc. 184
Schwarze, das deutsche Schwurgericht und dessen Reform 291
Wieding, der Justinianische Libellproceß 301

Nekrolog des OAGVicepräsidenten Dr. Karl Wilhelm Ernst Heimbach . 330

Digitized by Google

Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen ꝛc.

Die Rechtsansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe nach Sachsen-Altenburgischem Rechte.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Dr. Hase zu Altenburg.

§. 1.

Über die Rechtsansprüche, welche den außerehelich Geschwächten und den aus solchem Umgange erzeugten Kindern wider den stuprator und außerehelichen Vater erwachsen, haben in den letzten beiden Decennien in den meisten thüringischen Staaten neue gesetzliche Regelungen stattgefunden [1]). Für das Herzogthum Altenburg entscheidet in dieser Beziehung noch immer die Constitution über die fleischlichen Verbrechen und den Kindermord vom 7. Julius 1823, hauptsächlich das 9. Capitel dieses Gesetzes, welches in 18 Paragraphen speciell „von den aus den fleischlichen Vergehungen entstehenden Privatansprüchen und Rechten" handelt. Die eigentliche Entstehung des Gesetzes liegt indessen noch weit über das Jahr 1823 zurück; denn im Wesentlichen ist die Constitution nichts weiter, als eine fast wörtliche und nur hier und da mit Zusätzen und geringen Abänderungen versehene Übertragung der Sachsen-Gothaischen Constitution gleichen Titels vom 29. Junius 1804, welche selbst wieder schon 1796 hauptsächlich nach dem Vorbilde des Preußischen Landrechtes bearbeitet wurde, indessen in Folge des Todes H. Ernsts II von Sachsen-Gotha und Altenburg und anderer Umstände halber erst zur gedachten Zeit in das Leben trat. Schon 1796 war es der Wunsch des Herzogs gewesen, daß die Constitution zur Herstellung eines möglichst gleichen Rechtes auch in dem von ihm mitbeherrschten damaligen Fürstenthum Altenburg eingeführt werde; als zu diesem Zwecke der Entwurf derselben an die Regierung

1) Meiningisches Ges. v. 9. Sept. 1844; Sondershäusisches Ges. v. 12. Aug. 1844; Rudolstädtisches Ges. v. 31. Mai 1850; Weimarisches Ges. v. 6. Juni 1853; zwei Koburgische Gesetze vom 28. Juli 1858.

Digitized by Google

in Altenburg mitgetheilt wurde, erhob dieselbe jedoch gegen eine alsbaldige Einführung des Gesetzes in Altenburg mehrfache Bedenken, welche einestheils aus der Vorbedingung, daß zunächst noch die Stände des Fürstenthums mit ihrem Beirathe zu vernehmen sein würden, anderntheils aus der Nothwendigkeit der vorher zu bewirkenden Abschaffung der Kirchenbuße [2]) und der Beschaffung diesfalls an die geistlichen Stellen zu gewährender Entschädigungen hergenommen wurden. Als darauf der Nachfolger H. Ernsts II, Herzog August im Jahre 1804 zunächst für Gotha allein die Constitution zur Publication brachte, wurde auch von diesem Fürsten sofort die Absicht der gleichen Einführung derselben in Altenburg wieder aufgefaßt und deshalb von neuem der dasigen Regierung Auftrag zur Anpassung derselben an die besondere Altenburgische Rechtsverfassung ertheilt. Diese neue Anregung hatte nun wenigstens die Folge, daß man zunächst zur Abschaffung der öffentlichen Kirchenbuße schritt, Mandat vom 27. Juli 1804, S. 39 d. 3. Beif.-Samml.; an ihre Stelle traten Kirchen-Censurgebühren, durch welche den Geistlichen und Schullehrern ihre frühern Emolumente erhalten, ja zum Theil wohl erhöht wurden. Die weitere Ausführung des erhe lten Auftrages aber wurde erst im Jahre 1821 ernstlicher in die Hand genommen und, nachdem im Jahre 1822 deshalb auch mit der Landschaft communicirt worden, unter dem obenerwähnten Datum des Jahres 1823 endlich das Gesetz so zur Publication gebracht, daß es vom 1. October desselben Jahres an in Kraft trat. „Zeit und Erfahrung," hieß es dabei in dem Publicationspatent, „haben die Zweckmäßigkeit dieses Gesetzes erprobt." Gegenwärtig wird dieser Ausspruch kaum noch gelten können, nachdem die inzwischen abgelaufene Zeit, die nur um weniges länger als diejenige ist, welche die Constitution überhaupt brauchte, um für das hiesige Land zur lebendigen Wirksamkeit zu gelangen, bereits dem größten Theil der Constitution seine Giltigkeit wiederum benommen hat. Was den Hauptinhalt derselben anlangt, der in criminalrechtlichen Vorschriften über die Bestrafung der verschiedenen Arten von Fleischesvergehen besteht, so sind die darauf bezüglichen Bestimmungen be-

---

2) Kirchen-Agenda in P. III Lit. A cap. 3 der Landesordnung v. J. 1705: „Es sollen zu öffentlicher Kirchen-Buße mit Knieen vor dem Altar angehalten werden — Hurer, Ehebrecher, Blutschänder ꝛc." Vgl. noch über die frühere Bestrafung der verschiedenen Arten unehelichen Beischlafes Landes-Ordn. P. II c. 4 Tit. 10 pag. 286, 291, 292; Mandate vom 12. März 1722 und 12. Mai 1741 (S. 252 u. 471 der 1. Beif. Sammlung); Mandate vom 27. Oct. 1762 (über die Abolitionsgesuche und Verfahrungsart bei Delicta carnis, 3. Beif. Samml. S. 447) und v. 25. Juni 1788 (Abschaffung der in der Landesordnung angedrohten Strafe der Amts- und Gerichtsräumung, 3. Beif. Samml. S. 466).

Digitized by Google

reits mit der Publication des neuen Criminalgesetzbuches vom J. 1841 [3]) zur Antiquität geworden. Nur hinsichtlich der einfachen Stuprationsfälle wurde den betreffenden Strafbestimmungen durch Art. 302 des Criminalgesetzbuches noch eine beschränkte Giltigkeit, namentlich bezüglich der sogen. Kirchen-Censurgebühren (§. 10 d. Const.) erhalten [4]). Schon bei Berathung dieses Gesetzbuches wurde indessen auch die Beibehaltung dieser wenig entsprechenden Strafbestimmungen angefochten (Landschaftl. Mittheil. f. d. J. 1841, S. 418 ff.), und nachdem wiederholt deren gänzliche Abschaffung zur Sprache gebracht worden, erfolgte durch zwei Gesetze vom 1. September 1849 (Ges. Samml. v. J. 1849, S. 203 bis 6; über die Verhandlungen wegen dieses Gesetzes s. die Landschaftl. Verhandl. v. J. 1849 Bd. II S. 275, 357 ff., 427) [4a]) auch deren gänzliche Beseitigung. Die Bestimmungen über die civilrechtlichen Folgen des außerehelichen Beischlafes bilden daher neben einigen unbedeutenden polizeilichen Vorschriften [5]) heutzutage in der That noch den einzigen Rest, welcher von der Constitution vom 7. Juli 1823 noch in Kraft verblieben ist. Faßt man aber den Inhalt dieser Bestimmungen näher in das Auge, so bieten sich selbst innerhalb dieses beschränkten Raumes noch so zahlreiche Desiderien dar, daß der Wunsch nach einer gründlichen Revision auch dieses Theiles des Gesetzes nicht ungerechtfertigt erscheinen kann [6]). Schon der Grundgedanke, nach welchem allen fraglichen Civilansprüchen, auch denjenigen der aus dem unehelichen Beischlafe entstandenen Kinder, der Rechtsgrund eines Delictes [7]) un-

3) Nr. II 9 des Publicationspatentes zu demselben, S. 102 der Ges.Samml. v. 1841.

4) Für die Grafschaft Camburg, für welche als einen im J. 1823 noch Altenburgischen Gebietstheil die Constitution ebenfalls ursprünglich Giltigkeit hatte, wurden die criminalrechtlichen Bestimmungen derselben durch das S. Meiningische Strafgesetzbuch vom 1. Aug. 1844 gänzlich außer Kraft gesetzt. Gleichzeitig erfolgte aber dort sogar auch die Aufhebung aller civilrechtlichen Bestimmungen (mit Ausnahme der auf die Legitimation unehelicher Kinder bezüglichen §§. 64 u. 65) durch das Not. 1 erwähnte Ges. v. 9. Sept. 1844.

4a) Zum Theil ist das Ges. vom 1. Sept. 1849 wieder abgeändert durch eine H. Verordnung v. 10. Dec. 1859 S. 179 f. d. Ges.Samml. v. 1859.

5) Diese sind besonders in den §§. 55, 60, 67, 72—77 d. Const. enthalten, neuerdings aber durch das Gesetz v. 1. Sept. 1849 (S. 203—5 d. G.S. v. 1849) und d. Verordn. v. 10. Dec. 1859 (S. 179 f. d. G.S. v. 1859) wesentlich modificirt worden.

6) Ein darauf zielender Antrag wurde mit zahlreicher Unterstützung im J. 1849 durch den Abg. Laurentius im Landtag gestellt; s. Bd. II d. Landsch. Mittheil. v. J. 1849 S. 276.

7) Daß dieser Gedanke das Princip ist, welches die Constitution auch den Civilansprüchen unterlegt, ergibt sich nicht bloß aus der Verbindung, in welche diese Civilansprüche unmittelbar mit den strafrechtlichen und strafproceßualischen Bestim-

Digitized by Google

tergelegt ist, läßt sich von rechtsphilosophischem Standpunkte aus offenbar nicht billigen. Es ist aber dieser Rechtsgrund auch freilich vom Gesetzgeber selbst in dem weiteren Detail der Rechtssätze, z. B. in den Bestimmungen über den Übergang der Alimentationspflicht auf die Erben des stuprator, über das Verhältnis der Constupratoren, nicht mit voller Consequenz festgehalten worden. Die den geschwächten Personen und den unehelichen Kindern zugesprochenen Abfindungen entsprechen in ihren Ansätzen bei dem gesunkenen Werthe des Geldes keineswegs mehr den Ansprüchen der Billigkeit und erscheinen auch in mancher anderen Beziehung, z. B. in Betreff der dabei gemachten, sehr unbestimmten und hinsichtlich der Leistungsfähigkeit keineswegs zutreffenden Unterschiede zwischen „Honoratione", „Bauern" und „gemeinen Bürgern", der unnöthiger Weise angeordneten Verzinsung der Ausstattungssumme [8]), nicht zweckmäßig geordnet. Zu diesen inneren Mängeln treten aber auch noch sehr viele mehr äußerlicher Natur. Die ganze Ökonomie des Gesetzes ist eine sehr mangelhafte [9]). Die criminalrechtlichen, polizeilichen und civilrechtlichen Bestimmungen sind nicht scharf von einander geschieden, sondern erscheinen vielfach unter einander gemengt. Nur eine weitere Folge davon ist, daß auch im Einzelnen die Diction sehr oft der erforderlichen Bestimmtheit und des klaren Ausdrucks entbehrt — Fehler, denen die mehrfachen authentischen Interpretationen (v. 21. April 1843, s. Ges. Samml. v. 1843 S. 12; vom 3. Jan. 1845, s. Ges. Samml. v. 1845 S. 1; v. 8. Sept. dess. J., s. Ges. Samml. v. 1845 S. 52) nur zu einem sehr kleinen Theile haben abhelfen können [10]) und welche

mungen gesetzt worden sind, sondern leuchtet auch noch aus vielen einzelnen Stellen des Gesetzes sattsam hervor. Vgl. z. B. vorletztes Alin. des Publicationspatentes: „was die Civil-Ansprüche anbetrifft, kann das Gesetz nur dann in Anwendung kommen, wenn das Vergehen selbst, aus welchem diese Ansprüche entspringen, erst nach erlangter Gesetzeskraft vollbracht worden ist;" ferner die Überschrift des Cap. IX: „von den aus den fleischlichen Vergehungen entstehenden Privatansprüchen und Rechten" und den correspondirenden Inhalt des §. 50. In letzterem Paragraphen, so wie in §. 51 und sonst mehrfach wird der Schwängerer auch bezüglich der Civilansprüche als „Verbrecher" bezeichnet; vgl. auch noch §. 60 Alin. 5.

8) Das Gesetz kennt merkwürdiger Weise eine Verzinsung der Ausstattungssumme selbst da, wo der Anspruch auf diese Ausstattungssumme (wegen unverehlichten Ablebens der Stuprata) ganz hinfällig geworden ist; vgl. §. 56 d. Const.

9) In den landschaftlichen Verhandlungen v. 1849 wurde dies auch regierungsseits anerkannt; vgl. Bd. II S. 277 ders. v. J. 1849.

10) Nach §. 6 d. Const. ist eigentlich die Einholung einer authentischen Auslegung als der einzige Weg bezeichnet, um etwaige Dunkelheiten zu beseitigen. Die Erläuterung „durch eine sogenannte Doctrinal-Erklärung" würde ausdrücklich verboten. Die Praxis hat die völlige Unmöglichkeit einer Festhaltung dieser Beschränkung, für welche es bei der schwankenden Bedeutung des Ausdrucks „Dunkelheit" sowohl,

Digitized by Google

vielmehr in neuerer Zeit theils wegen des jetzt nur noch fragmentarischen Charakters des in Geltung gebliebenen Abschnittes, theils wegen der Bestimmung, daß alles dasjenige, was wegen der in der Constitution enthaltenen Gegenstände in den früheren Landesgesetzen, ingleichen in dem subsidiarisch giltigen gemeinen Rechte verordnet, insofern sich nicht in der Constitution selbst darauf berufen worden, vom Tage der Gesetzeskraft derselben an gänzlich aufgehoben worden ist (S. 224 d. Ges. Samml. v. 1823), — einer Bestimmung, die sonach eine Ergänzung der vorhandenen Lücken und Aufklärung der Dunkelheiten durch Zuhilfenahme der gemeinrechtlichen Doctrin bei gewissenhafter Befolgung fast unmöglich macht — und wegen der bei der Zunahme der Do- und Alimentationsklagen auch von den Sachwaltern mehr hervorgesuchten Subtilitäten des Gesetzes in viel höherem Maße haben hervortreten müssen.

Nichtsdestoweniger dürfte eine Revision der Constitution gerade jetzt ferner als je liegen. Die auch für das diesseitige Herzogthum eröffnete Aussicht, durch Annahme des Königl. Sächsischen Civilgesetzbuches in nächster Zeit eine umfassende Codification des gesammten Privatrechtes zu erhalten, läßt eine derartige Gesetzesarbeit dermalen ohne Zweifel minder opportun, vielleicht in mancher Beziehung sogar bedenklich erscheinen. Immerhin ist es indessen wohl eben so gewiß, daß die gedachte Einführung des Königlich Sächsischen Civilgesetzbuches, selbst nachdem mit der Publication desselben im Königreich Sachsen ein Anfang gemacht worden ist, noch längere Zeit anstehen wird. Für diese Zwischenzeit, der wir selbst gern eine möglichst kurze Dauer wünschen, werden nun aber die nachfolgenden Erläuterungen der Constitution manchem Juristen des hiesigen Herzogthums und vielleicht auch des Herzogthums Gotha einiges praktische Interesse darbieten. Dieselben sind nicht darauf berechnet, eine vollständige Erklärung des betreffenden Gesetzes zu bieten, sondern wollen nur die Punkte hervorheben, in denen in der bisherigen Praxis besonders differente Ansichten hervorgetreten sind. Als ein hauptsächliches Hülfsmittel sind dabei die Rechtssprüche benutzt worden, welche das vormalige Herz. Landesjustizcollegium und jetzige Appellationsgericht hier auf eingewendete Rechtsmittel in dergleichen Streitfällen im Laufe der letzten zehn Jahre ertheilt hat.

§. 2.

Die Constitution unterscheidet (§. 50) die aus den fleischlichen Vergehungen entstehenden Privatansprüche und Rechte nach drei verschiedenen Arten: 1) solche, welche jedem der beiden „Verbrecher" ohne Un-

als des Begriffes „Doctrinal-Erklärung" auch an jedem Anhalt zu einer festeren Begrenzung gebricht, klar an den Tag gelegt.

Digitized by Google

terschied des Geschlechtes erwachsen; 2) solche, welche bloß die Weibsperson gegen die Mannsperson zu erheben berechtigt ist, und 3) solche, welche den aus dem unehelichen Beischlafe entstandenen unehelichen Kindern zustehen.

Als Fälle der ersten Art werden in §. 51 der Const. „nur" drei aufgeführt. Dieselben sind: a) wenn eine venerische Person mit einer gesunden, welcher die Krankheit der ersten verborgen gewesen ist, sich fleischlich vermischt und sie angesteckt hat [11]); b) wenn eine verheirathete Person einer unverheiratheten ihren ehelichen Stand verheimlicht und dadurch die letztere zur Verheirathung mit ihr veranlaßt; c) wenn eine Person an einer andern, wes Geschlechtes sie auch sei, eine unfreiwillige Entführung vollbrachte. Der letztere Fall, welcher auf der in §§. 37 und 38 der Const. angenommenen, übrigens auch bekanntlich dem neueren Criminalgesetzbuch (Art. 148; vgl. Held und Siebdrat, Commentar S. 213) zu Grunde liegenden Ansicht beruht, daß das Verbrechen der Entführung sowohl an Manns- als an Frauenspersonen, ja selbst sowohl von Manns- als von Frauenspersonen verübt werden könne, ist ein Zusatz der Altenb. Const.; die Gothaische Const. zählt nur die beiden ersten Fälle auf. Im Falle unter a) geht der Anspruch auf Ersatz der aufgewandten Heilungskosten und des Versäumnisses; in den Fällen unter b) und c) allgemein auf Ersatz des durch die geschlossene Heirath resp. die Entführung geursachten Schadens.

Dieser letztere Inhalt zeigt aber, daß die hierunter hervorgehobenen Fälle, die übrigens höchst selten in praxi zu förmlichen Klagen Anlaß geboten haben dürften, nur sehr uneigentlich neben den beiden andern Arten als eine besondere Gattung von Ansprüchen aufgeführt werden können, welche aus den „fleischlichen Vergehungen" entstehen. Dieselben enthalten offenbar nur Anwendungen der Grundsätze über die gewöhnliche Schädensklage, welche allgemein aus widerrechtlichen, schadenstiftenden Handlungen entspringt; der außereheliche Beischlaf kommt dabei nur als das den Schaden erzeugende Mittel in eben demselben Maße in Betracht, wie jede andere injuria. Dem entspricht es auch, daß die Const. die fraglichen Fälle nur als solche bezeichnet, in denen die erwähnten Ansprüche den beiden Verbrechern wider einander aus dem fleischlichen Vergehen erwachsen können. Denn jedenfalls ist daraus so viel zu entnehmen, daß nicht schon das Factum des Beischlafes an sich

11) §. 26 der Const. hat für diese Ansteckungsfälle eine besondere Strafandrohung; wenn eine Weibsperson zum zweiten Mal in den Fall kommen sollte, sollte ihr neben Gefängnis oder Zuchthaus noch „andern zum warnenden Beispiel" eine in ihrem Wohnorte zu vollstreckende Prangerstrafe zuerkannt werden — jedenfalls ein eigenthümliches Mittel zur Beförderung der öffentlichen Schamhaftigkeit.

Digitized by Google

und ausschließlich als das rechtserzeugende Factum hat hingestellt werden sollen, vielmehr ergibt sich daraus als der Gedankengang des Gesetzgebers der, daß wider die Regel, nach welcher aus einem Beischlafe nur einseitige Obligationen für die Mannsperson entstehen, auch Fälle denkbar seien, in denen aus andern, in dem Factum des Beischlafes und dessen Folgen aber zutreffenden Gesichtspunkten gleichmäßig sowohl der Mannsperson wider die Weibsperson als dieser gegen jene Ansprüche erwachsen können, und als solche Fälle werden sodann die drei gedachten speciell hervorgehoben. Eine Folge davon ist aber, daß jene Fälle auch nicht so zu verstehen sind, daß ohne den wirklichen Vollzug des Beischlafes die gleichen Ansprüche nicht entstehen könnten; auch ohne denselben werden die Ansprüche der Mannsperson, wie der Weibsperson nicht zu versagen sein, wenn nur einerseits die Handlung so weit gediehen ist, daß in ihr eine injuria zu finden, andererseits dieselbe einen wirklichen Schaden zu Wege gebracht hat. Hierauf führen nicht allein schon die allgemeinen Grundsätze der actio legis Aquiliae, welche, da sie sich nicht unmittelbar und ausschließlich auf die in der Constitution enthaltenen Gegenstände beziehen, auch durch die nach der Einleitung der Constitution (S. 224 d. G.S.) nur in diesen Grenzen erfolgte Aufhebung des gemeinen Rechtes nicht als beseitigt angesehen werden können, sondern auch die Bestimmungen des §. 51 cit. selbst. Denn im zweiten und dritten Fall wird lediglich von einer widerrechtlich erfolgten Verheirathung und resp. Entführung gesprochen, welche beide doch sehr wohl auch ohne den Akt fleischlicher Vermischung zu denken sind; und wenn im ersten Falle der letzteren allerdings auch ausdrücklich gedacht ist, so ist dies sichtlich doch nur in der Weise geschehen, daß dieselbe als die Ursache der Ansteckung aufgeführt wird. Sollte daher etwa die Ansteckung zwar nicht durch fleischliche Vermischung, aber doch nachweisbar auf anderem Wege erfolgt sein, so wird man auch in solchem Falle dem verletzten Theile den Anspruch auf Ersatz des dadurch geursachten Schadens nicht versagen dürfen.

Der Umfang der Schädensansprüche ist nur für den ersten Fall, in welchem er in dem Ersatz der aufgewendeten Curkosten und des gehabten Versäumnisses bestehen soll, genauer normirt; für den zweiten und dritten Fall spricht die Const. nur im Allgemeinen von dem Ersatz aller entstandenen Schäden. Als eine processualische Erleichterung ist für alle drei Fälle subsidiär der Gebrauch des Würderungseides nachgelassen. Alle diese Bestimmungen entsprechen wieder den allgemeinen Grundsätzen über die gewöhnliche Schädensklage, die daher auch bei etwaigen Zweifeln über das, was hiernach unter die Heilungskosten, das Versäumnis und den sonstigen Schaden zu rechnen sei, sowie in Betreff der

Digitized by Google

Haftpflicht mehrerer Mitschuldigen ꝛc. zur Anwendung zu bringen sind. Mit Rücksicht auf die nemlichen Grundsätze wird auch die Frage zu beantworten sein, in wie weit die gedachten Ansprüche aus §. 51 cit. auf die Erben übergehen und gegen Erben geltend gemacht werden können. Nur von dem letzteren Übergang spricht §. 51 und zwar ganz allgemein; des ersteren wird gar nicht gedacht. Nichtsdestoweniger wird man aus diesem Schweigen nicht schließen dürfen, daß das gewährte Klagrecht nur auf die unmittelbar Verletzten für ihre Person beschränkt sei; vielmehr wird mit Rücksicht darauf, daß der Regel nach alle Klagrechte auf die Erben übergehen, daß dies insbesondere auch bei Delictsobligationen, so weit sie auf Schadensersatz gerichtet sind, der Fall ist und daß die hier erwähnten Ansprüche auch sonst nicht unter eine von den Ausnahmen jener Regel gebracht werden können, das Schweigen so auszulegen sein, daß der Gesetzgeber es nicht für geboten erachtete, des Übergangs des Klagrechts auf die Erben besonders zu gedenken. Mehr Veranlassung lag offenbar dazu vor, den Übergang der Verpflichtung auf die Erben besonders hervorzuheben. Wenn nun aber auch hierbei der Haftpflicht der Erben ganz allgemein gedacht ist, so wird man daraus ebensowenig die Meinung zu entnehmen berechtigt sein, daß die Erben damit als weiter verhaftlich hätten hingestellt werden sollen, als sie dies überhaupt bei derartigen Ansprüchen auf Schadensersatz wegen widerrechtlicher Handlungen ihrer Erblasser sowohl nach gemeinem (c. 14 X. de sepulturis 3, 8; c. 5 X. de raptor. 5, 17; c. 9 X. de usur. 5, 19; c. 28 X. de sent. ex commun. 5, 39; Glück, Commentar Bd. V §. 449; Fortsetzung desselben von Mühlenbruch, Bd. XLIII S. 35; J. L. Schmidt, Klagen u. Einr., 9. Ausg. 1845 S. 40; v. Savigny, System, Bd. V S. 48 ff.; Puchta, Lehrb. d. Pand. §. 88) als insbesondere nach Sächsischem Recht (Haubold, Lehrb. des Sächs. Privatrechts §. 348 Not. a; Hesse, Altenb. Privatr. §. 197 Not. 17; v. Hartitzsch, Entscheidungen prakt. Rechtsfragen S. 155; Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1848 S. 394) sind. Man wird daher immer diese Haftpflicht auf die vires hereditatis zu beschränken haben, wie auch hinsichtlich der Verfolgung der Ansprüche des unehelichen Kindes wider die Erben eines Stuprator die Constitution nach §. 61 init. von der gleichen Beschränkung ausgegangen ist.

Die Zuerkennung eines besondern Schmerzensgeldes, welche nach C. C. C. Art. 20 (Puchta a. a. O. §. 388 a. E.; Arndts, Pand. §. 324 Anm. 2; Sintenis, prakt. Civilr. 2. Ausg. S. 764 Not. 23) im Falle von a) etwa noch in Frage kommen könnte, wird richtiger abzulehnen sein, da zu erwarten gewesen wäre, daß der Anspruch darauf ausdrückliche Erwähnung erhalten hätte, wenn er noch neben den Hei-

Digitized by Google

lungskosten und dem Ersatze des Versäumnisses hätte zugelassen werden sollen. Die Berechtigung der unschuldigen Frauensperson endlich, deren die Altenb. Const. noch am Schlusse des Paragraphen beiläufig gedenkt, in den Fällen unter b) und c) noch über den Schadensersatz eine Ausstattung zu fordern, ist, wie die hinzugefügte Verweisung auf §. 56 der Const. klar an die Hand gibt, nur für diejenigen Fälle gemeint, in denen gleichzeitig die besondern Voraussetzungen, unter denen geschwächte Frauenspersonen nach §. 56 eine Dotation zu beanspruchen haben, begründet vorliegen.

§. 3.

Die Ansprüche, welche der Weibsperson gegen die Mannsperson zustehen, sind nach §. 52 der Const. vierfacher Art: 1) Ersatz des Aufwandes für die Entbindung; 2) Ersatz der Taufe und auch der Begräbniskosten, letzterer alsdann, wenn das geborene Kind vor Erfüllung des 14. Lebensjahres wieder versterben sollte und die Mutter es hat begraben lassen; 3) Ersatz derjenigen Kosten, welche der Weibsperson durch die Sechswochen oder die Wiederherstellung bei einer zu frühen Niederkunft mit einem unzeitigen Kinde verursacht werden; endlich 4) eine Ausstattung und zwar nach der Altenb. Const. diese allein, während die Goth. daneben wahlweise noch den Anspruch auf eine lebenslängliche Alimentation gestattet, eine Alternative, gegen deren Aufnahme sich die Altenburger Regierung bei ihrer Begutachtung des Gesetzes gewiß mit gutem Grunde erklärte [12]).

Diese viererlei Ansprüche soll die Frauensperson „des gepflogenen unehelichen Beischlafes halber" zu machen berechtigt sein; es ist daher hiermit nur dieser als das rechtserzeugende Factum und folgeweise als das eigentliche Fundament für eine diesfalls zu erhebende Klage hingestellt worden. In völliger Reinheit tritt diese Begrenzung des Klagfun-

12) Der Bericht der Altenb. Regierung bemerkte darüber: „Wenn die Alimentation ihren Zweck, eine Verehelichung der Geschwächten zu erwirken, erfüllen soll, muß sie bis an das Lebensende und selbst über die Ehe hinaus entrichtet werden. Gleichwohl werden diese bis in das späteste Alter andauernden Prästationen höchst lästig und vielleicht der nächste Anlaß werden, den Frieden der Ehe, die nun inmittelst der Stuprator geschlossen, gewaltsam zu stören. Auch wird die Alimentation, wenn sie wirklich ihren Zweck erfüllen soll, weit höher ausfallen müssen, als die einfache Verzinsung der Ausstattungssumme, und dann widerstrebt sie ihrem Zweck, dem Unbemittelten eine Erleichterung zu gewähren. Es dürfte daher weit vorzuziehen sein, die Alimentation der Geschwächten aus dem Gesetz gänzlich abzustreichen und sich lediglich auf die Ausstattung zu beschränken, diese aber lieber in etwas zu erhöhen. Die Unbemittelten finden in der inmittelst nur eintretenden Verzinsung eine Erleichterung und die ganz Armen in der Inexigibilität ihren Schutz. Auch bleibt dem Stuprator dabei immer noch die Hoffnung, falls die Geschwächte sich nicht verehlicht, das Capital selbst sich zu erhalten."

Digitized by Google

dementes bei dem Anspruche auf Dotation hervor, hinsichtlich dessen daher im vorletzten Satze des §. 52 und §. 56 a. E. es auch nochmals hervorgehoben wird, daß schon der bloße Beweis eines stattgehabten Beischlafes zur Fundirung des Anspruches genüge [13]). Zur Geltendmachung der übrigen Ansprüche unter 1 — 3 muß allerdings noch die Voraussetzung hinzutreten, daß es in Folge des Beischlafes zu einem Aufwande der bezüglichen Art, und da derselbe sich nicht ohne eine Schwängerung denken läßt, zu einer solchen und beziehentlich zur Geburt eines reifen oder unreifen Kindes gekommen sei; allein immerhin hat man in der Bezugnahme auf die letztere nicht die eigentliche causa obligationis zu erblicken, sondern vielmehr derselben nur den Gesichtspunkt unterzulegen, daß die mit dem Beischlaf an sich bereits begründete Obligation natürlich in Ansehung jener Leistungen effectlos bleiben muß, wenn die Geschwächte nicht zugleich die Existenz eines aus dem factum stuprationis weiter ihr erwachsenen Verlages oder Schadens, wie ihn die unter 1 — 3 aufgeführten Prästationen repräsentiren, darzuthun vermag.

Die Wichtigkeit dieses Gesichtspunktes zeigt sich insbesondere bei der Frage, ob eine Klage der stuprata wegen Dotation, Entbindungs-, Tauf- und Sechswochenkosten auch noch vor erfolgter Niederkunft zugelassen werden dürfe. Das h. Appellationsgericht hat schon in mehreren Fällen keinen Anstand genommen, diese Frage im Anschluß an die Meinung der meisten, besonders Sächsischen Rechtslehrer [14]) und den neueren Gerichtsgebrauch [15]) zu bejahen, und nimmt die Zulässigkeit einer solchen Klage selbst bei Klagen, welche daneben zugleich auf Alimentation des nasciturus gerichtet sind, an. Theils ist dabei der eben angegebene Grund, nach welchem der Beischlaf als die eigentliche causa obligationis zu betrachten ist, theils aber auch die Rücksicht auf die nothwendige Beschaffung der Mittel zur Abhaltung der Niederkunft und der

13) Dies entspricht auch ganz dem gemeinen Recht. Vgl. Busch, d. Rechte geschwächter Frauenzimmer S. 47 u. 53 Not. 1; Ackermann, in Bd. I d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. in Sachsen S. 406 f. Emminghaus, Pand. des Sächs. R. S. 400 Nr. 7.

14) Wernher, Obs. for. I 63; Leyser, Medit. 323; Lauterbach, Colleg. Pand. XXV 3, 15; Gottschalk, Discept. for. I pag. 131; Glück, Commentar Bd. XXVIII S. 201; v. Quistorp, Grundsätze des Pandektenrechts, §. 483 Not. 1; v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik (2. Aufl.) Bd. I S. 480 Nr. 13.

15) Vgl. Seuffert, Archiv f. Entscheid. d. obersten Gerichte Bd. V Nr. 290 (Erk. des OAGerichts Jena), Bd. IX Nr. 165; Emminghaus, Pandekten d. Sächs. Rechts S. 404 Nr. 26 u. 27; v. Hartitzsch, Entscheidungen Nr. 114 a. E.; Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verwalt. in Sachsen N. F. Bd. XI S. 465 Bd. XII S. 361. — Die Bd. III S. 107 dieser Blätter mitgetheilte gegentheilige Entscheidung steht hiernach sehr vereinzelt.

Digitized by Google

sofort mit dem Augenblicke der Geburt eintretenden Bedürfnisse für Ernährung des Kindes maßgebend gewesen. Der Stuprator ist deshalb auch zu einer vorschußweisen Leistung der betreffenden Prästationen verbunden. „Sobald zu dem Beischlaf" — wurde in letzterer Hinsicht in einem Erkenntnisse vom 24. Juni 1857 ausgeführt — „die Geburt des aus demselben entstandenen Kindes hinzugekommen ist, tritt die Verpflichtung des Schwängerers zur Gewährung von Alimenten in Kraft, zumal zu deren vorschußweiser Aufwendung die Mutter des Kindes dem Schwängerer gegenüber nicht verbunden, in den meisten Fällen auch wegen Armuth nicht in der Lage ist, solches bewirken zu können." Außerdem bietet auch die Const. selbst in §. 66 noch mehrere Bestimmungen dar, welche offenbar die Zulässigkeit solcher Klagen als feststehend voraussetzen. Hiernach werden alle Obrigkeiten angewiesen, in den auf Grund der Const. anhängig werdenden Sachen, weil sie meist arme und bedrängte Personen beträfen, sich der vorzüglichsten Kürze zu befleißigen, daher jede Expedition in den nächsten Tagen (nach der Goth. Constitution in drei Tagen) vorzunehmen, ingleichen die Hauptsache wo möglich gleich im ersten Termin durch Vergleich zu beendigen oder mittelst einer Weisung zu entscheiden. Daß aber diese Weisung auch ein sogenanntes decretum interimisticum sein darf (vgl. darüber Busch, die Rechte geschwächter Frauenspersonen S. 306 ff. und die das. Citt.), ergibt sich insbesondere noch aus dem Schlusse des citirten Paragraphen. Denn hiernach soll, wenn etwa die Ansprüche der Klägerin auf die Kosten der Niederkunft, der Taufe und der Sechswochen oder der Herstellung von einer zu frühen Niederkunft unbezweifelt wären, wegen des Anspruches auf Ausstattung aber noch ein oder der andere Umstand auszumitteln wäre, dem Beklagten wenigstens die Erfüllung der unbezweifelten Leistungen durch eine sofort zu ertheilende und auf ferneres Anrufen der Klägerin, unerwartet des Erkenntnisses über die andern Ansprüche, auch alsbald mittelst sträcklicher Execution zu vollziehende Weisung auferlegt werden. Nur ist es dem Beklagten dabei nachgelassen, wenn die Niederkunft noch nicht erfolgt ist, die wegen der Kosten der Entbindung, der Taufe und der Sechswochen bestimmten Ansätze gerichtlich zu deponiren, um, dafern die Geschwächte entweder gar nicht schwanger wäre, oder dieselbe vor der Niederkunft stürbe, oder dafern sie mit keinem lebenden Kinde niederkäme oder dieses vor der Taufe verstürbe, nach Befinden die sämmtlichen oder wenigstens die nicht gebrauchten Taufkosten wieder zurückzufordern. Die letztere Anordnung namentlich würde gar keinen Sinn haben, wenn nicht die Geschwächte schon vor der Entbindung zur Klagerhebung berechtigt wäre [16]). Zwar

16) Auch §. 55 Alin. 3 ist hieher zu ziehen. Wenn die Geschwächte keine

Digitized by Google

hat man gegen die Zulässigkeit einer solchen interimistischen Verfügung mehrfach noch den §. 147 des Gesetzes über den unbestimmt summarischen Proceß vom 7. April 1825 angezogen, nach welchem Bescheide in summarisch zu verhandelnden Rechtssachen (zu denen nach §. 10, n desselben Gesetzes, §§. 66 und 67 der Const. Do- und Alimentationssachen stets gehören) jederzeit definitiv zu verabfassen und interlocutorische Entscheidungen allgemein als unzulässig bezeichnet sind. Allein daß diese Bestimmung keinen Gegengrund bieten kann, folgt schon daraus, daß die Const., welche die obenerwähnten Weisungen bestimmt zuläßt, von späterem Datum als das Gesetz über den unbestimmten summarischen Proceß ist, dieselbe daher selbst bei wirklich vorhandenem Widerspruch beider Gesetzesstellen den Vorzug erhalten müßte. In der That hat aber §. 147 cit. schwerlich überhaupt Bezug auf die hier vorwürfige Frage, indem darin nicht mehr, als die hierbei nicht weiter eingreifende Bestimmung zu finden ist, daß bei summarisch zu verhandelnden Processen kein förmliches Beweisinterlocut ertheilt, vielmehr nach Aufnahme der Beweiserörterung sofort das Enderkenntnis gefällt werden soll. Nur so viel wird allerdings nach §. 147 cit. für die in §. 66 der Const. nachgelassene Weisung immer erfordert werden müssen, daß wenigstens das Factum des Beischlafes mit dem Beklagten bereits erwiesen vorliege, oder daß, falls die Erbringung dieses Beweises annoch von einem Eide abhängt, zuvörderst diese Bedingung der Eidesleistung erfüllt werde. Wird dagegen, bei vorhandenem Beweise des Beischlafes, das Erkenntnis auf Leistung der Tauf-, Entbindungs- und Sechswochenkosten, so wie auf Erfüllung der Alimentationsverbindlichkeit nur unter Beifügung der eigentlich sich von selbst ergebenden Voraussetzung des später annoch zu erbringenden Nachweises der erfolgten Entbindung und eines intra tempus congruum erzeugten lebenden Kindes ertheilt, so läßt sich, zumal dieser Nachweis überall in sehr einfacher Weise zu führen sein wird, von einem bloßen Beweisinterlocut in der That nicht sprechen und eben deshalb auch nicht annehmen, daß eine derartige Sentenz gegen §. 147 cit. verstoße.

Der Beischlaf selbst muß natürlich der Regel nach ein vollendeter sein (Busch a. a. O. §. 50 S. 56) und dies erforderlichen Falls erwiesen werden [17]). Indessen kennt die Const. doch zwei Fälle, in wel-

eigne Mieth- oder andere Wohnung hat, so ist der Schwängerer schuldig, auf seine Kosten ihr einen Ort zu verschaffen, wo sie ihre Niederkunft und Sechswochen halten kann.

17) Manche Klagverfasser haben die Gewohnheit, sei es aus Nachlässigkeit oder Prüderie, das betreffende Factum in mannigfacher Weise zu umschreiben. Es versteht sich von selbst, einestheils daß der Richter dann (vgl. §. 30 des Ges. über den

Digitized by Google

chen auch schon ein versuchter Beischlaf der Frauensperson wenigstens das Recht auf Gewähr einer Ausstattung verleiht. Dieser Anspruch ist derselben nemlich nach §§. 33. 38 und §. 56 der Const. (S. 265 d. G.S. a. E.) auch bei einer nicht völlig vollbrachten Nothzucht und im Falle einer unfreiwilligen Entführung gegeben. Zur Vollendung des Beischlafes genügt aber nach Cap. I §. 2 der Const. die immissio membri virilis; auf die immissio seminis soll nicht weiter gesehen, daher auch diese Frage nie aufgeworfen worden. Doch betrachtet es die Const. für selbstverständlich, daß da, wo ungeachtet des gepflogenen Beischlafes eine immissio seminis absolut unmöglich ist, die Privatansprüche, bei denen die geschehene Erzeugung eines Kindes vorausgesetzt wird, hinwegfallen. Dagegen bleibt der Anspruch auf Ausstattung der Frauensperson auch solchenfalls immer gewahrt. Nach §. 52 alin. ult. und §. 59 hat übrigens die Const. hierbei nur solche Fälle im Auge, wo die körperliche Unmöglichkeit der Kinderzeugung auf Seite des Mannes stattfindet. Man wird daher keinesfalls berechtigt sein, diesen Ausnahmefall auch auf solche Fälle zu erstrecken, in denen etwa eine absolute Unfähigkeit zur Empfängnis auf Seiten der Frauensperson nachgewiesen werden wollte. Eine bestimmte Angabe des Ortes der Vollziehung des Beischlafes, wie sie Schmidt, Commentar z. Lehrb. v. gerichtlichen Klagen und Einreden §. 394 und Busch S. 256 und 257 Not. 2 erfordern, erheischt die Const. an keiner Stelle; auch sind die dafür von diesen und andern Rechtslehrern angeführten Gründe wohl genügend durch Gett, die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 129 Not. 237 widerlegt. Ebensowenig ist aber auch eine bestimmtere Angabe der Zeit des Beischlafes zur Fundamentirung des Klaganspruches an sich durch die Const. vorgeschrieben. Die Const. versagt zwar, wenn die Geburt des Kindes der Zeit nach mit dem behaupteten Beischlaf nicht so zusammentrifft, daß nach den natürlichen Gesetzen das Kind als aus dem Beischlaf erzeugt betrachtet werden darf, der Weibsperson die aufgeführten viererlei Ansprüche (s. u.); allein hierin liegt zunächst nur ein Einwand, den der Beklagte zu seinem Schutze erheben kann, nicht etwas, was nothwendig zum Klagfundament gehörte. Dies wird nicht bloß durch die Stellung bewiesen, in welcher §. 52 unter c des Nichtzutreffens der Geburtszeit neben andern Einreden gedenkt, sondern auch dadurch, daß die Ansprüche der Frauensperson

summar. Proceß vom April 1823) die Pflicht hat, sich die erforderliche Aufklärung darüber, ob das Factum ordentlich behauptet werden will, durch geeignete Fragen zu verschaffen, anderntheils daß er namentlich da, wo das Factum zu beeidigen ist, die Eidesformel, unabhängig von den von der Partei gewählten Ausdrücken, bestimmt auf das punctum saliens zu richten hat.

Digitized by Google

nach Nr. 3 dess. Paragraphen sich ja auch auf die Kosten der Wiederherstellung bei einer zu frühen Niederkunft mit einem unzeitigen Kinde erstrecken. Die zu frühe Niederkunft bildet daher an sich kein Hinderniß des Klaganspruches; sie wird es erst dadurch, daß der belangte Stuprator den Einwand erhebt, die Zeit treffe nicht zu, welchem Einwand die Klägerin aber wieder durch Berufung darauf, daß das Kind eben auch ein unzeitiges gewesen sei, begegnen kann. So gebräuchlich es auch ist, daß Do- und Alimentationsklagen gleich die Beziehung auf die rechtzeitige Geburt des Kindes enthalten, so wird man doch die letztere Anführung immer mindestens in Betreff der Ansprüche der Frauensperson nach der Const. unter den Gesichtspunkt einer anticipirten und der Klage nur vorsichtiger Weise sofort inserirten Replik zu bringen haben. Wo aber die Klägerin (oder auch der Altersvormund für das Kind) von vornherein sich nur auf ein Stuprum von einem bestimmten Tag bezogen hat, da hat der Richter natürlich sich an diese Angabe zu halten und ist daher auch keinesfalls berechtigt, den etwa darüber abzuleistenden Eid aus eigener Bewegung auf das ganze tempus congruum auszudehnen. (Reser. zu Nr. 364 v. J. 1858). Vgl. Seuffert, Archiv Bd. I. N. 227; Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N.F. Bd. XII S. 360.

Die Const. bezeichnet aber zugleich (§. 52 alin. 2) die obengedachten vier Ansprüche als die einzigen, welche des Beischlafs halber die Frauensperson an die Mannsperson zu machen berechtigt sein soll, mehrere darf sie nicht erheben. Insbesondere ist es ausdrücklich als unstatthaft erklärt worden, daß nebenbei auch noch ein besonderer Anspruch für die Defloration d. i. die Entziehung der Jungferschaft erhoben werde. Es ergibt sich daraus weiter, daß auch wegen der Injurie, welche etwa eine Frauensperson in der Verübung des Beischlafs mit ihr finden wollte, oder wegen dabei vorgefallener Sävitien ein weiterer Anspruch nicht wird formirt werden können, insofern nicht etwa letztere von der Art gewesen sind, daß sie den Begriff eines besondern Delictes erfüllen und, wie z. B. im Falle einer mit Verletzungen verübten Nothzucht [18]), besondere Kurkosten verursachten, welchenfalls dann zwar nicht auf Grund der Constitution, wohl aber wegen des concurrirenden andern Klagrechts ex delicto eine Erweiterung der constitutionsmäßigen Entschädigungsansätze nicht zu versagen sein würde. Aus gleichem Grunde wird der Stuprator nicht für verpflichtet erachtet werden können, die besondern Kosten, die etwa durch die nothwendig

18) Die besondern Nachtheile, welche eine Nothzucht für den Thäter noch bezüglich der Pflicht zur sofortigen Gewähr der Ausstattung mit sich bringt (§. 56 der Const.), können auf den Ersatz solcher Kosten nicht in Anrechnung kommen.

Digitized by Google

gewordene Anwendung des Kaiserschnitts bei einer Entbindung verursacht worden sind [19]), oder die Kosten des Unterhaltes der Geschwängerten in einer Heilanstalt, wenn dieselbe bloß in Folge der Entbindung in eine besonders langwierige Krankheit, vielleicht gar in Irrsinn gefallen sein sollte, zu tragen [20]). Einigermaßen aber auf solche außergewöhnliche Erhöhungen der Kosten einer Entbindung Rücksicht zu nehmen, hat der Richter nach der Const. immer in der Hand, weil die Const. überall für die Prästationen ein Minimum und Maximum aufgestellt hat, und deshalb wurde es z. B. in einem Falle auch in zweiter Instanz ganz zulässig und angemessen befunden, daß der erstinstanzliche Richter einer außerehelich Geschwängerten, die außerhalb ihres Heimatsortes von der Entbindung überrascht und deshalb genöthigt worden war, in einem fremden Orte Hilfe zu suchen und sich dort einige Zeit aufzuhalten, höhere Entschädigungssätze zugebilligt hatte, als ihr nach ihren und ihres Schwängerers Standesverhältnissen sonst constitutionsmäßig hätten zu Theil werden können. Eine besondere, die constitutionsmäßigen Sätze übersteigende Forderung deshalb aber hätte ebensowenig zugelassen werden können, als eine Ersatzforderung wegen Anschaffung von Kinderbetten, Anziehewäsche und Arzneimitteln, da alle diese Kosten in den gesetzlich geordneten Bauschquantis offenbar einbegriffen sind [21]).

Den Betrag dieser Bauschquanta setzen näher die §§. 53—56 der Const. fest. Die Sätze werden dabei mit Rücksicht auf den Stand der Geschwächten vom Vater oder Ehemann her nach zwei Stufen, a) für gemeine Bürger und Bauern, b) für „Honoratioren" bemessen. Nur für die Bemessung der Ausstattungssumme ist der Richter daneben noch auf die Erwägung des Umstandes, ob die Frauensperson eigenes Vermögen hat, dann auch von welchem Stande die Mannsperson ist und ob dieselbe genug eigenes Vermögen besitzt oder doch künftig zu erwarten hat, verwiesen. Für die erste Stufenklasse sind die Sätze wegen der Entbindung auf 1 Thlr. 12 Gr. — 3 Thlr., für die Taufe auf ebensoviel, für die Sechswochenkosten auf 5—22 Thlr, für die Ausstattung auf 30—120 Thlr., für die zweite Stufenklasse auf beziehentlich

19) Vergl. darüber Kapf, merkwürdige Rechtssprüche I S. 257; v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik d. gemeinen Civilr. (2. Aufl.) Bd. I S. 454.

20) Anders in Baiern; vgl. Blätter f. Rechtsanw. Bd. XXIV S. 416. — S. dagegen Seuffert, Archiv f. Entscheid. Bd. XIV S. 55 f.

21) Bestritten im Königr. Sachsen. Vgl. Hartitzsch, Entscheidungen S. 188; s. aber Rehrhoff v. Holderberg in der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. I S. 91; Emminghaus, Pand. S. 401 Nr. 14 II. Die Sätze des Jenaer Erkenntnisses ebendas. S. 404 Nr. 31 passen auf das Altenb. Particularrecht nicht.

Digitized by Google

5—6 Thlr. (Entbindung und Taufe), 10—25 Thlr. (Sechswochen) und 50—300 Thlr. festgesetzt[22]). Wie wenig diese unbestimmten Standesunterscheidungen auf die heutigen Vermögens- und Bildungsverhältnisse passen, liegt auf der Hand. Die Altenb. Const.[23]) hat es wenigstens für angemessen befunden, noch zu declariren, daß auch „wirkliche Kaufleute und Künstler" den „Honoratioren beizuzählen" seien; als Hauptzahl sind danach dabei wohl Adlige und Beamtete vorausgesetzt. Eine bestimmte Grenze läßt sich jedoch in dieser Hinsicht jetzt nicht mehr ziehen; vielmehr muß es dem Ermessen des Richters überlassen bleiben zu bestimmen, wo die Klasse der „gemeinen Bürger" aufzuhören und die der „Honoratioren" anzufangen habe[24]). Bloße Handlungsdiener wurden in einem neueren Falle (v. J. 1859) zu den letzteren nicht gerechnet, da die Const. ausdrücklich von wirklichen Kaufleuten redet. Bei Töchtern von ländlichen Gutsbesitzern werden sich, auch wenn dieselben sich in noch so stattlichen Verhältnissen befinden sollten, immer nur die niedrigeren Sätze anwenden lassen, weil sie doch nur als „Bauern" betrachtet werden können und in Betreff derselben das Gesetz nicht, wie bei den Bürgern, eine Klasse der bloß „gemeinen" Bauern ausscheidet.

Speciell ist übrigens für die Taufgebühren angeordnet, daß dieselben bei Zwillingen doppelt, danach natürlich auch bei Drillingen dreifach gefordert werden dürfen; nicht so die Entbindungs- und Sechswochenkosten (§. 53 a. E.) Bei einer zu frühen Niederkunft mit einem unzeitigen Kinde erkennt das Gesetz (§. 55 alin. 2) einen Anspruch auf Niederkunftskosten nur insoweit an, als die Geschwächte durch die Niederkunft wirklich auch in eine Krankheit verfallen ist; diese aufgewendeten Kosten müssen daher diesfalls speciell bescheinigt[25]) werden, dürfen aber keinesfalls die Beträge übersteigen, die bei ordentlicher Niederkunft zu zahlen gewesen sein würden. Eine Erweiterung der bezügli-

22) Diese Geldsätze sind ebenso, wie die im folgenden § anzuführenden Sätze, für die Alimente des unehelichen Kindes seit dem Münzgesetz v. 28. Nov. 1840 §§. 28 und 29 (G.S. v. 1840 S. 111 f.) im 14 Thalerfuß ohne Agiozuschlag und nur bezüglich der Groschen mit Umrechnung der 24 Sgr. in 30 Ngr. à 10 Neupf. zu verstehen. Unrichtig berechnet daher zum Theil diese Sätze Hesse, Altenb. Privatrecht §. 73 III 1, richtig dagegen §§. 68 u. 69.

23) Die Goth. nimmt auf ein früheres Classenregulativ Rücksicht.

24) Die gleiche Unterscheidung findet sich noch in §. 10 lit. 1 u. §. 23 des Ges. über den unbestimmt summar. Proc. vom 7. April 1823 bezüglich Injuriensachen gemacht.

25) Die Const. sagt, jedenfalls zu eng: durch Quittungen. Eine andere Bescheinigung wird man deshalb nicht als ausgeschlossen zu erachten haben. Ebenso §. 54 a. E.

Digitized by Google

chen Verpflichtung [26]) tritt aber ein, wenn die Geschwächte in den Sechswochen oder an der Krankheit, die ihr eine zu frühe Niederkunft verursacht hat, stirbt. In solchem Falle muß der Schwängerer auch die Beerdigung aus seinen Mitteln besorgen [26]). Diese Pflicht trifft aber nach der Goth. sowohl, als auch nach der Altenb. Const., — welche letztere sich insofern, da sie sonst (s. u.) auf das Vermögen der Geschwängerten keine Rücksicht nimmt, nicht ganz consequent geblieben ist —, den Stuprator nur subsidiarisch; es wird dabei vorausgesetzt, daß die Geschwängerte selbst nicht soviel eigenes Vermögen hinterlassen habe, um daraus beerdigt werden zu können. Da diese Subsidiarität indessen als Ausnahme von der Regel erscheint und das Gesetz dabei nur von dem eignen Vermögen der Stuprata spricht, so muß dieselbe auch darauf beschränkt bleiben; der Stuprator wird deshalb immer als der Nächstverpflichtete erachtet und seine Verbindlichkeit derjenigen der Verwandten, insbesondere der des Vaters vorangestellt werden müssen. Stirbt das erzeugte uneheliche Kind vor dem 14. Lebensjahre, so tritt diese Subsidiarität überall (§. 54 alin. 2) nicht ein; der Stuprator ist verbunden, die Begräbniskosten dann, soweit sie bescheinigt werden können, allfällig zu entrichten, nur daß dieselben hier gleichfalls den Betrag dessen nicht übersteigen dürfen, was ortsüblich für das Begräbnis eines Kindes der niederen Volksklasse (zu welcher sie selbst bei einem höheren Stande eines ihrer Eltern stets zu rechnen sind, §. 58 alin. 1 und 6, §. 60 alin. 1 d. Const.) von eben den Jahren bezahlt zu werden pflegt. Dies wird auch noch durch §. 58 alin. 6 vgl. mit §. 59 d. Const. bestätigt. Durch diese beiden letzteren Stellen wird zugleich dargethan, daß, wenn auch §. 54 alin. 2 der Const. zunächst nur die Mutter, im Falle, daß sie das Kind hat begraben lassen, als zur Ersatzforderung berechtigt hinstellt, dies doch nicht ausschließlich zu nehmen ist, sondern, wie dies auch den Grundsätzen der gemeinrechtlichen actio funeraria entspricht (l. 12 §. 2 seq. Dig. 11, 7) die Verpflichtung als eine allgemeine gegenüber jedem besteht, der die Beerdigung besorgt hat. Kosten für besondere Trauerkleider können unter dem vom Schwängerer zu ersetzenden Begräbnisaufwand jedenfalls nicht mit verstanden werden, da die Trauerkleidung mit dem Begräbnis nicht in unmittelbarem Zusammenhange steht, mindestens

26) Über eine andere Erweiterung beim Mangel einer ordentlichen Wohnung der Geschwächten s. oben Not. 16. Die Fürsorge für Beschaffung einer solchen ist übrigens zunächst Sache der Polizeibehörde und daher auch eine etwaige Differenz zunächst von dieser zu ordnen. Vgl. §. 7 d. Ges. v. 1. Sept. 1849 (S. 204 d. G.S. v. 1849).

Digitized by Google

nicht nothwendig, und beim Tod von Kindern der niederen Volksklasse unter 14 Jahren auch nicht üblich ist [27]).

In Betreff des Anspruchs auf Ausstattung hält die Const. den gemeinrechtlichen Gesichtspunkt fest, daß dieselbe wesentlich dazu bestimmt ist, daß die noch ledige Weibsperson dadurch Hoffnung erhalte, eine ihren Verhältnissen gemäße Heirath zu finden. Ausgeschlossen bleibt der Anspruch daher zunächst, wenn die Geschwächte zur Zeit des unehelichen Beischlafs bereits wirklich verheirathet war, oder wenn sie sich vor gerichtlicher Anbringung ihrer Ansprüche noch an einen Andern, als den Stuprator verheirathete. Im übrigen aber macht die Const., im Anschluß an die communis opinio [28]), keinen Unterschied, ob die Geschwächte eine Jungfrau [29]), Witwe oder geschiedene Ehefrau ist; nur muß sie letzteren Falls gänzlich (quoad vinculum) geschieden sein, auch darf der Ehescheidungsgrund nicht in einem begangenen Ehebruch bestanden haben. Die Worte der Const. lassen dabei keinen Zweifel darüber aufkommen, daß dieser Ehescheidungsgrund die geschiedene Frau der Dotationsansprüche nicht bloß gegen denjenigen, mit welchem sie die Ehe gebrochen, sondern allgemein gegen jeden Stuprator, mithin auch gegen ihren frühern Ehemann verlustig macht. Auch dies harmonirt mit gemeinrechtlichen Grundsätzen (Busch, d. Rechte geschwächter Frauenspersonen S. 158 ff.) und folgt eigentlich von selbst schon aus der Bestimmung, die die Const. ebenfalls enthält, daß die Geschwächte überhaupt unbescholten sein muß. Diese Unbescholtenheit präcisirt die Altenburger Const. dahin, daß die Geschwächte noch nie ein fleischliches Verbrechen begangen haben [30]), insbesondere auch keines nach dem Beischlafe und bis zur Einreichung ihrer Klage [31]) mit andern Mannsper-

27) A. M. Curtius, Handb. d. Kön. Sächs. Civilrechts §. 1226 Not. b; vgl. aber Kori, Concursproceß (2. Aufl.) S. 252; Gareis in d. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. X S. 122; Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852 S. 17 ff.

28) S. darüber Busch a. a. O. S. 58 f.; A. M. Gett, d. Rechtsverhältn. aus d. außerehel. Geschlechtsgemeinsch. S. 9 f.

29) Ebenso wenig macht das Alter einen Unterschied. Auch noch unmannbaren Mädchen steht der Dotationsanspruch zu; arg. §. 56 e der Const.

30) Die ursprünglichen Worte der Const. (§. 52, 3) sprechen bloß davon, daß die Geschwächte deshalb noch nicht bestraft sein dürfe. Mit dem Wegfall der Strafen für das einfache Stuprum würde dies einen wesentlich beschränkteren Sinn erhalten haben, als die Const. offenbar mit den Worten verbunden hat (vgl. bes. noch §. 52 c und §. 56, 4). Durch eine authentische Interpretation vom 3. Jan. 1845 (G.S. v. 1845 S. 1) wurde deshalb die beregte Stelle so erklärt, daß dabei nicht sowohl auf die Bestrafung, sondern lediglich auf die Begehung eines fleischlichen Verbrechens Gewicht zu legen sei.

31) Dies regt die Frage an, wie es zu halten sei, wenn das andere fleischliche Vergehen erst nach Einreichung der Klage, z. B. zwischen dieser und dem Verhörs-

Digitized by Google

sonen vollbrachten oder auch nur thätlich versuchten fleischlichen Vergehens zu überführen sein darf (§. 56, 3 u. 4). Es ist daher mindestens für die Zeit nach dem Beischlaf in dieser Hinsicht nicht nothwendig, daß gerade ein vollendetes stuprum nachgewiesen werde. Weiter noch geht die Goth. Const., welche den Dotationsanspruch schon wegfallen läßt, wenn die Frauensperson für diese Zeit überhaupt nur einer mit andern Mannspersonen begangenen „unzüchtigen Handlung" überführt werden kann [32]). Da die allgemeine Tendenz der fraglichen Bestimmung hiernach nur darauf berechnet ist, die Zumuthung zurückzuweisen, daß der Schwängerer eine Person dotire oder selbst eheliche, die Andern zur Unzucht sich preisgab (v. Hartitzsch, Entscheid. S. 106, Emminghaus, Pandekt. S. 401 II), so erscheint auch die Meinung gerechtfertigt, daß auf eine nähere Benennung der Person, mit welcher die stuprata Unzucht trieb, der Angabe der Zeit und sonstigen näheren Umstände kein Werth gelegt wird. Für diese Ansicht hat sich das h. Appellationsgericht, in Übereinstimmung mit Busch a. a. O. S. 156 f., und den gleichen Entscheidungen der OAGerichte München und Celle (Seuffert, Archiv, Bd. VII Nr. 163 S. 219) in sehr vielen Fällen entschieden und in dem Mangel einer solchen Benennung ꝛc. namentlich auch, wider

termin auf die Klage stattfand. In einem Falle (vgl. Seuffert, Archiv f. Entscheid. Bd. I S. 238 f.) erkannte das OAGericht München doch auf Verlust der Ausstattung, als das neue Stuprum erst während des Schwebens der Sache in 3. Instanz vorgefallen war. Gleichergestalt wird, ungeachtet der anscheinend widersprechenden obigen Worte der Const., doch auch nach Altenb. R. zu entscheiden sein. Die Const. spricht hier nur die Regel aus; dieselbe hat aber Nova, die sich erst während des Prozesses ereignen, damit gewiß nicht ausschließen wollen, so wenig, als ein solcher Ausschluß in andern Verhältnissen bei derartigen neuen Vorkommnissen eintritt.

32) Ist freiwillig einer bereits früher einmal Geschwächten eine Ausstattung versprochen worden, so kann ihr das Recht, dieselbe einzuklagen, nicht abgesprochen werden. In einem Reser. zu Nr. 822 v. J. 1850 wurde darüber erkannt: „Da nach dem Grundsatze Pacta dant legem contractui dem Gesetze, insofern es kein verbietendes ist, durch Vertrag derogirt werden kann, und die landesgesetzlichen Bestimmungen in der Const. §. 56, 3 und der Bekanntm. v. 3. Jan. 1845 keineswegs verbieten, einer zum zweiten Mal Defl orirten Ausstattung zu verwilligen, sondern ihr lediglich die Befugnis absprechen, eine Ausstattung zu fordern, so kann auch der Vergleich, in welchem der K. von dem Imploraten W. eine Ausstattung stipulirt wurde, keineswegs als rechtsungiltig angesehen werden. Hat nun überdies der Implorat W. gar nicht behauptet, und thatsächlich begründet, daß er sich beim Abschluß jenes Vergleichs in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe, und durfte ihm ein daraus abzuleitendes Beneficium nicht aufgedrungen werden, so war Implorat für verbunden zu achten, der Implorantin das geforderte Ausstattungsgeld zu bezahlen." Vergl. über eine ähnl. Entscheidung Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1863 S. 113 ff.

Digitized by Google

die Ansicht von Kori, Sächs. bürgerl. Proceß §. 43 [33]), keinen Hinderungsgrund gefunden, zum Beweise eines diesfallsigen Einwandes selbst den Schiedseid zuzulassen [34]). — Endlich läßt die Const. den Dotationsanspruch alsdann ausgeschlossen sein, wenn die stuprata die Hand des Schwängerers, falls er sich dazu erboten hat, dieselbe zu ehelichen, ausschlug. Die Fassung der bezüglichen Bestimmung (§. 56, 5) gibt hierbei zunächst deutlich an die Hand, daß seitens der stuprata auf die etwaige Alternative aut dos aut dota die Klage nicht gerichtet werden kann; nur dem stuprator selbst ist das Erbieten zur Ehelichung der stuprata als ein Mittel dargeboten, sich von dem principaliter immer nur auf Dotation zu richtenden Anspruch zu befreien. Ebendeshalb ist aber weiterhin anzunehmen, daß es zunächst Sache des Stuprator ist, seinerseits ein solches Anerbieten zu begründen und nachzuweisen, auf welches die stuprata caeteris paribus einzugehen im Stande gewesen sein würde, und daß, insofern hierin unüberwindliche Mängel vorliegen, der stuprator sich diesfalls auf die Bestimmung des §. 56, 5 zu seinem Schutze nicht berufen kann. Daher ist die bestrittene Frage, ob der Stuprator sich von der Dotationspflicht durch Berufung darauf befreien könne, daß er ein Ehemann sei und die stuprata dies auch gewußt habe (bejaht in

33) Vgl. auch d. Urtheil des OAGerichts Jena nach Weimar, bei Emminghaus, Pandekten S. 400 Nr. 7.

34) So wurde z. B. in einem Reser. vom 22. Mai 1852 ausgesprochen: „Die Giltigkeit des von einer Geschwächten formirten Ausstattungsanspruches wird durch die S. 1 der G.S. v. 1845 befindliche Erläuterung der Const. §. 56, 3 u. 4 nur dadurch bedingt, daß die Geschwächte vor der Geltendmachung dergleichen Anspruchs noch nie ein fleischliches Vergehen mit einer andern Mannsperson, als der in Anspruch genommenen, begangen habe. Es ist für den Zweck der fraglichen Einrede die spezielle Bezeichnung der Person, mit welcher, und die Angabe der Zeit, zu welcher die fragliche Fleischesvermischung stattgefunden haben solle, völlig unerheblich; vielmehr genügt in solcher Beziehung das Anführen, „die Geschwächte habe vor Einreichung ihrer betreffenden Klage mit andern Mannspersonen, als dem Imploraten, fleischlich sich abgegeben. Implorat hat bestimmt behauptet, daß die Implorantin sich vor Erhebung ihrer Imploration auch noch mit andern Mannspersonen, als mit ihm fleischlich eingelassen habe; es mußte daher auf den über diese in der bezeichneten Richtung nicht zu allgemeine Behauptung deferirten Eid erkannt werden." — Von selbst versteht sich, daß bei dem congressus cum pluribus wie vorausgegangenen außereheliche Geschlechtsvertraulichkeiten in Betracht gezogen werden dürfen. Selbst ein in bloß putativer Ehe vorgekommener Beischlaf wird auszunehmen sein, da in einem solchen ein fleischliches Vergehen nicht gefunden werden kann. Dagegen dürfte der Fall, dessen Emminghaus, Pand. S. 401 Not. 1 gedenkt (wenn die erste Schwängerung unter Brautleuten vorfiel und das Verlöbnis dann ohne Schuld der Braut sich löste), eine solche Ausnahme nicht, wie Emminghaus will, begründen, sondern dem später belangten zweiten Stuprator allerdings das Recht, die Dotation zu verweigern, geben. Vgl. auch d. Erkennt. des OAG. Celle bei Seuffert, Archiv f. Entscheid. Bd. IX Nr. 166 S. 220.

Digitized by Google

Dec. Saxon. 30 v. J. 1746; Schmidt, Rechtssprüche, S. 265, v. Hartitzsch, Entscheidungen, S. 110; Ackermann, in d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. I, S. 419 f., vgl. auch Emminghaus, Pandekten, S. 400 ff. Nr. 3, 5, 11 u. 12), im Sinne der Altenb. Const. unbedenklich zu verneinen, wie dies vom h. Appellationsgericht auch vielfach anerkannt worden ist. Mit Recht bemerkt in dieser Beziehung ein Erkenntnis des OAGerichts München (bei Seuffert, Archiv f. Entscheid. Bd. I Nr. 230 S. 237, vgl. auch ebendas. Bd. VI Nr. 200 S. 272), daß, sobald die Klage der Geschwächten allein auf eine Entschädigung gehe, die sie in den Stand setzen soll zu heirathen, kein Grund abzusehen ist, warum nur der Ledige dazu verpflichtet sein solle. Fällt bei dem Verpflichteten auch ein Ausweg weg, den er noch hätte wählen können, um sich von der Dotationspflicht zu befreien, so folgt daraus bloß, daß er sich in derselben Lage befindet, in der auch viele Ledige sein können, denen aus andern Gründen, z. B. wegen zu naher Verwandtschaft mit der stuprata, wegen Religionsverschiedenheit [35]), oder auch nur wegen hinreichender Subsistenzmittel, vielleicht eine Heirath ebenso unmöglich gemacht sein kann. Das Bewußtsein der Geschwächten, sie habe es mit einem Manne zu thun, der sie nicht heirathen könne, kann dabei ebenfalls kein Gewicht in die Wagschale werfen; er hatte ihr zwar zu sagen, daß sie nicht eine Ehelichung erwarten könne, nicht aber auch, daß sie keinen Anspruch auf Dotation habe. Gleiches ist nach der Const. da zu urtheilen, wo der stuprator zwar selbst seine Bereitwilligkeit erklärt hat, die Ehe zu vollziehen, und die Schuld, daß dies doch nicht geschehen könne, nur auf die nicht zu erlangende Einwilligung anderer Personen (seiner Eltern, Vormünder) schiebt [36]). Es ist Sache des stuprator, diese Hindernisse zu beseitigen; nicht aber kann dadurch der stuprata ihr begründetes Recht auf Abfindung entzogen werden. Ebendeshalb darf der stuprator sein Erbieten nicht noch an Voraussetzungen, Bedingungen, Zeitbestimmungen knüpfen; auch darf dasselbe natürlich nicht zu allgemein, sondern muß so gestaltet sein, daß es als ernstlich und bestimmt zu gelten hat und seine Realisirung in naher Aussicht zu erwarten steht; vgl. v. Hartitzsch, Entscheidungen Nr. 116; Emminghaus, Pand. S. 401 Nr. 15 II; Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1857 S. 399. Andererseits ist es aber, wenn einmal von Seiten des stuprator die Heirathsofferte in rechtlich vollziehbarer Weise erfolgt ist, Sache der Frau, sich über ihre

35) Vgl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1847, S. 263 ff.

36) Hänsel, Excurse Abth. I S. 303, 305; v. Hartitzsch, Entscheidungen Nr. 115; Emminghaus, Pand. S. 401 Nr. 15 I; Kori und v. Langenn, Erört. prakt. Rechtsfr. Th. I Nr. 33 (2. Ausg.).

Digitized by Google

Einwilligung bestimmt zu erklären, wenn sie sich ihren Dotationsanspruch erhalten will, und es hat ihr zum Nachtheil zu gereichen, nicht bloß wenn sie darin säumig sein sollte [37]), sondern auch wenn sie nicht die Einwilligung ihrer Eltern oder ihres Vormundes erlangen könnte. Zwar spricht die Const. in dieser Hinsicht zunächst nur von der stuprata; allein sollte sie etwa auch selbst ihre Bereitwilligkeit erklärt haben, so bleibt ihr Wille, ohne den Consens der Eltern oder des Vormundes, doch ein unvollkommener, und man wird die abfällige Erklärung der letzteren Personen dem stuprator-gegenüber ebenso als eine Weigerung der Ehevollziehung zu betrachten haben, als wenn sie selbst die Weigerung erklärt hätte. Wollte man die fragliche Gesetzesbestimmung enger auslegen, so würde der Schwängerer offenbar sehr leicht Chikanen der Gegenpartei ausgesetzt sein und in seinen Rechten entschieden gekränkt werden [38]). Denn es dürfte der scheinbar in die Heirath willigenden Geschwächten dann z. B. leicht möglich werden, sich daneben des Widerspruchs der Eltern oder des Vormundes zu vergewissern und auf diese Weise zu erlangen, einestheils daß ihr doch eine Ausstattung von ihrem Schwängerer gegeben werden müßte, anderntheils daß derselbe aber trotzdem zu einer Ehe mit der stuprata nicht gelangen könnte. Aus diesen Gründen entschied sich daher das h. Appellationsgericht namentlich in einem Rescript vom 18. September 1858 dahin, daß auch die Weigerung des Vaters der stuprata, den Eheconsens zu ertheilen, allein einen genügenden Grund gebe, den Anspruch der klagenden stuprata auf Dotation abzuweisen. Ebensowenig kann nach der Const. Werth darauf gelegt werden, daß die stuprata vielleicht wegen schlechter Aufführung des stuprator oder sonst die besten Gründe hat, von einer Verehelichung mit dem stuprator Abstand zu nehmen. Denn die Const. sieht es unverkennbar als eine Verpflichtung der stuprata an, die Hand des Schwängerers nicht auszuschlagen, wenn er sich einmal dazu erboten hat. Die stuprata darf sich dieser Verpflichtung nicht entziehen, außer um den Preis, daß sie alsdann kein Anrecht auf die Dotation mehr hat [39]).

Alle in Vorstehendem aufgeführten Beschränkungen des Dotations-

37) Ein beharrliches Stillschweigen würde hier als Weigerung anzusehen sein. Als letzter Termin zur Erklärung würde, nach einmal erhobener Klage, der summarische Verhörstermin gelten müssen.

38) A. Mein. Busch a. a. O. S. 70 f., ebenso das Erkenntnis des OAG. Celle bei Seuffert, Archiv Bd. IX Nr. 296 S. 381 f.; Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XVIII S. 139; XXII S. 505.

39) A. M. auch hier Busch a. a. O. §. 68 S. 78 ff. Doch gründet er diese abweichende Ansicht auf den gemeinrechtlichen Anspruch der Geschwächten auf Dotation oder Heirathsvollziehung, mit welchem unsere Const. nicht harmonirt.

Digitized by Google

anspruches fallen indessen nach alin. 2 §. 56 der Const. da hinweg, wo die mit der Frauensperson verübte Unzucht durch eine concurrirende Vergewaltigung oder durch sonstige hinzutretende Umstände die Natur eines einfachen Stuprum überschritt und den Charakter eines besondern Verbrechens annahm. Als solche Fälle zeichnet die Const. aus: a) den Fall der betrüglichen Verleitung einer ledigen Frauensperson zur Bigamie (§. 25 d. Const.); b) den Fall einer vollendeten oder auch nur versuchten Nothzucht (§§. 32, 33 der Const.); c) die Entführung, und zwar hier ebenfalls ohne Rücksicht, ob es dabei wirklich zur Unzucht gekommen ist oder nicht (§. 38); d) die Benutzung einer sich in bewußtlosem Zustande befindenden oder e) noch nicht 14jährigen Frauensperson. Die für den Thatbestand der letzten beiden Verbrechen ursprünglich maßgebenden Bestimmungen der §§. 44 und 45 der Const. sind nach §. 12 des Gesetzes vom 1. Sept. 1849 (G.S. v. 1849 S. 205) durch die Bestimmungen in Artt. 160 und 161 des Criminalgesetzbuches v. 3. Mai 1841 ersetzt und zum Theil erweitert [40]) worden. In allen diesen Fällen ist die Frauensperson berechtigt, die Dotation, die alsdann noch dazu nach ausdrücklicher Vorschrift der Const. möglichst hoch in Ansatz zu bringen ist, als eine Genugthuung für die ihr ohne ihre Schuld angethane Beleidigung zu fordern. Deshalb steht ausnahmsweise die Dotationsforderung in den Fällen unter b und c sogar schon bei einem bloßen Versuch und selbst verheiratheten Frauenspersonen zu. Bei einer Nothzucht, sei dieselbe völlig oder nicht völlig vollbracht, trifft auch schon die unmittelbaren Theilnehmer (nicht bloß die Miturheber) die gleiche rechtliche Verbindlichkeit gegen die Genöthigte, wie den eigentlichen Urheber, in solidum.

In der Regel ist aber die Ausstattung der stuprata nicht sofort, sondern erst bei ihrer wirklichen Verheirathung zu zahlen. Eine sofortige baare Erlegung hat nur in den Fällen einzutreten, wo die Ausstattung den allgemeineren Charakter der Genugthuung für eine erlittene Beleidigung annimmt, mithin in den unter a — e vorangeführten Fällen [41]). Doch nimmt die Constitution hiervon die Fälle wieder aus, in

40) So erkennt §. 45 vgl. mit §. 56 der Const. den unbeschränkten Dotationsanspruch nur einem bis 12jährigen Mädchen zu. Da Art. 161 des Criminalgesetzbuches aber das Verbrechen der Unzucht mit Kindern nach Überschrift und Alin. 2 bis zum 14. Lebensjahre annimmt, so ist gegenwärtig diese Altersgrenze zu Grunde zu legen.

41) Eine Folge davon ist, daß in diesen Fällen ein Übergang der Forderung auf die Erben stattfindet, wenn die Gemisbrauchte deshalb bereits keinen Proceß begonnen hat. Eigenthümlich und vom gemeinen Recht abweichend ist es aber, daß dieser Übergang nicht schon mit Insinuation der Klage, sondern erst dann stattfindet, wenn ein richterliches Erkenntnis eröffnet worden ist, welches die Entrich-

Digitized by Google

welchen eine noch nicht völlig vollbrachte Nothzucht vorliegt oder die Nothzucht resp. Entführung eine ledige Weibsperson, die nicht für unbescholten erachtet werden konnte, betroffen hat; in diesen Fällen verbleibt es dabei, daß der Anspruch auf wirkliche Gewähr der Dotation ein durch den Eintritt wirklicher Verheirathung der Geschwächten bedingter ist. Bis dies Ereignis eintritt, legt die Const. dem Stuprator die Pflicht zur genügenden Sicherstellung der Ausstattungssumme, so wie dies die Vermögensverhältnisse gestatten, mittelst baarer Niederlegung, Verpfändung oder Bürgschaft, außerdem auch zur Verzinsung von Zeit des vollbrachten Vergehens an mit jährlich $4^1/_6$ Proc. (nach der Goth. Const. nur 4 Proc.) auf. Geht die Geschwächte unverehelicht mit Tod ab, erfüllt sich also die Bedingung ihrer Verheirathung nicht, so fällt aber doch nur die Verpflichtung zur Zahlung der Ausstattungssumme dahin; die gezahlten Zinsen gehen dem Stuprator verloren und selbst auf die bis zum Tode noch rückständig gebliebenen können die Erben noch Anspruch erheben.

Als Ort der Zahlung für die Ausstattung, Zinsen und sonstigen Abfindungen, auch die Kindes-Alimente (s. folg. §) bestimmt die Goth. Const. den Wohnort, den die Geschwächte zur Zeit des begangenen Verbrechens hatte, die Altenb. im Anschluß an mehrere polizeiliche Bestimmungen, welche die Aufnahme der Geschwächten genauer regeln (§. 55 d. Const.), denjenigen Ort, welcher die Geschwächte aufzunehmen verbunden ist, oder den sie einstweilen angewiesen erhält.

Eine mehrfach in neueren Processen ventilirte Frage ist noch die, ob der Anspruch der Frauensperson auf Entbindungs-, Tauf- und Sechswochenkosten der kürzeren Verjährungsfrist unterliege, welche das Gesetz vom 31. December 1855 (G.S. v. 1855 S. 239 ff.) für gewisse Forderungen des täglichen Verkehrs, unter anderm auch für rückständige Alimente eingeführt hat. Daß die bezügliche Vorschrift auf die Alimentenansprüche der unehelichen Kinder Anwendung zu finden hat, läßt sich nicht bezweifeln [42]), insbesondere kann es dabei — anders als im Königreich Sachsen, wo diese Frage mehrfach bestritten und von dem OAGericht zu Dresden constant verneint worden ist [43]) — für Alten-

---

tung der Ausstattung der schuldigen Mannsperson zur Pflicht gemacht hat. Doch braucht das Erkenntnis die Rechtskraft noch nicht beschritten zu haben. Der Grund dieser Abweichung vom gemeinen Rechte (Arndts, Pand. §. 113) ist jedenfalls darin zu suchen, daß der Const. überhaupt mehr eine straf-, als eine civilprocessualische Behandlung der Stuprationsfälle vorgeschwebt hat.

42) Vgl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XIII S. 72.

43) Vgl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XIII S. 438; XIV 69; XV 463; XVI 144, 147; XVIII 503; XX 211; Wochenbl. f. merkw. Rechtsf.

Digitized by Google

burg keinem Zweifel unterliegen, daß die kurze Verjährung bezüglich dieser Alimente auch da Platz greift, wo nicht unmittelbar das Kind resp. dessen Vormund, sondern dessen Mutter wegen einstweilen für das Kind verlegter Alimente klagend auftritt, da das Altenb. Gesetz §. 1 sub die verlegten Alimente in die rückständigen ausdrücklich mit einschließt. Dagegen hat bezüglich der Tauf-, Entbindungs- und Sechswochenkosten das h. Appellationsgericht, in Übereinstimmung mit der gleichen Entscheidung des OAGerichts Dresden (vgl. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIII S. 164), gegen die Anwendbarkeit des betreffenden Verjährungsgesetzes entschieden. Die Gründe hierfür liegen einestheils in der Erwägung, daß auf diese Aufwände der Begriff von Alimenten als einer zur Ernährung und Unterhaltung eines Individuums bestimmten periodisch wiederkehrenden Leistung nicht oder wenigstens nur zu einem kleinen Theile paßt; wollte man anderntheils aber geltend machen, daß dieselben, insoweit sie nicht zum Unterhalt der Mutter dienen, doch besonders dazu bestimmt seien, der Mutter Ersatz für die Gebühren der Hebamme, des Geistlichen und für die Curkosten zu gewähren, und daß demnach neben §. 1 sub 13 auch §. 1 sub 3 und 12 Platz greife, so ist hiergegen einzuhalten, daß das Gesetz bei diesen Forderungskategorien des Verlags als der kürzeren Verjährung ebenfalls unterliegend in der Weise, wie bei den Alimenten, nicht gedenkt. Das Gesetz unterwirft, abgesehen von dem bei den Alimenten gemachten Zusatz, nur die Klagen und Forderungen der Fabrikanten, Kaufleute ꝛc. selbst der kürzeren Verjährung. Sind nun bei den Alimenten durch einen besondern Zusatz, durch welchen das Altenb. Gesetz sogar von den ähnlichen Gesetzen anderer Länder abweicht, die Forderungen wegen verlegter Alimente noch ausdrücklich im Gesetz miterwähnt worden, so muß dies nach dem Satze: exceptio firmat regulam um so mehr die Annahme ausschließen, daß die durch das Gesetz eingeführte kurze Verjährung allgemein hätte Anwendung finden sollen, wenn nicht die ursprünglich Forderungsberechtigten, sondern Dritte, von denen erst jene Befriedigung zu erhalten haben, mit Regreß- oder Ersatzansprüchen klagend auftreten. Das rechtliche Verhältnis dieser Personen gegen die Ersatzpflichtigen ist ein von dem Forderungsrecht der ursprünglich Berechtigten und Verpflichteten von Grund aus verschiedenes und schon deshalb können auch hinsichtlich der Verjährung beide einander nicht gleichgestellt werden.

Abgesehen von den bereits im Vorstehenden berührten Fällen, in denen der Dotationsanspruch hinwegfällt, kennt aber die Const.,

1854 S. 57 und 296; 1857 S. 245. Ackermann, Rechtssätze Bd. XI S. 391, Annalen d. OAG. Dresden Bd. I S. 140 f.

Digitized by Google

entsprechend den Bestimmungen des gemeinen Rechtes, auch noch verschiedene Fälle, in welchen die Frauensperson auch jeglichen Anspruches auf Ersatz der Entbindungs-, Tauf- und Sechswochenkosten verlustig geht. Sowohl nach der Fassung, die die Const. für Gotha hat, als nach der, welche ihr für Altenburg gegeben ist, ist die Zahl dieser Fälle fünf; doch weichen bezüglich eines Falles beide Gesetze wesentlich, in andern minder wesentlich von einander ab.

Der wesentliche Unterschied beruht darin, daß die Goth. Const. alle Ansprüche der Frauensperson schon alsdann wegfallen läßt, wenn die Geschwächte so viel im Vermögen hat, daß sie nach richterlichem Ermessen ohne Unbequemlichkeit den Entbindungsaufwand, ingleichen die Tauf- und Begräbniskosten von ihren Einkünften selbst bestreiten kann, und daß sie einer Ausstattung (oder Alimentation) gar nicht bedarf. Durch diese Beschränkung ist nach der Goth. Const. den Verpflichtungen des Stuprator gegen die Stuprata der Charakter bloßer Subsidiarität beigelegt worden, welcher ihnen nach der Altenb. Const. gänzlich abgeht. Für den Abstrich der bezüglichen Bestimmung entschied man sich altenburgischer Seits hauptsächlich aus dem Grunde, weil man es einestheils für zu schwierig erachtete, den auch vom Goth. Gesetz nicht näher fixirten Grenzpunkt der zur Befreiung von den Verbindlichkeiten eines Schwängerers ausreichenden Vermögensquantität der Geschwächten im concreten Falle auszumitteln, anderntheils weil man auch nicht sowohl die Hilfsbedürftigkeit der Geschwächten, als vielmehr die in der Regel vom Schwängerer ausgehende Verleitung als gesetzlichen Grund der Verbindlichkeit ansehen zu müssen glaubte. Hiermit ist daher anerkannt, daß die Frauensperson, auch wenn sie etwa durch Barmherzigkeit anderer die gemachten Auslagen bereits ersetzt erhielt, nichtsdestoweniger wegen der constitutionsmäßig ihr gebührenden Prästationen gegen den Stuprator klagend auftreten kann; überhaupt muß danach, da namentlich eine gleiche Beschränkung der Altenb. Const. auch ebenso bezüglich der Alimentationsansprüche der unehelichen Kinder gänzlich fremd ist [44]), der im Königreich Sachsen angenommene Satz: in praeteritum non vivitur [45]) mit allen seinen Consequenzen

44) Anders auch insoweit in Gotha, vgl. §. 59 d. dort. Const.

45) Gottschalk, Disc. for. III 10 p. 142 seqq. Höpfner, Beitr. S. 159. Annalen des OAGerichts Dresden Bd. II S. 28. Die Unbedingtheit auch der Alimentationsverbindlichkeit nach der Altenb. Const. wurde vom h. Appellationsgericht in einem Refer. v. 23. Sept. 1846 mit Folgendem anerkannt: „Die Unbedingtheit der Alimentationspflicht ergibt sich einmal daraus, daß die Const. den Eintritt der Pflicht von keinerlei Voraussetzung abhängig macht, sondern pure ohne alle Einschränkung disponirt (cf. §. 50, 57, 58), ferner daraus, daß dieselbe das Maß und den Betrag der Alimente ohne Rücksicht darauf, ob das Kind schon anderweites Vermö-

Digitized by Google

als für Altenburg unanwendbar gelten. Die Altenb. Const. hat statt dieser Beschränkung in §. 52 e) den davon gänzlich verschiedenen Ausnahmefall substituirt, daß die sämmtlichen Ansprüche der Stuprata dann wegfallen sollen, wenn eine Geschwächte sich einer zu allgemeinen Angabe ihres Schwängerers schuldig gemacht hat und dieserhalb in dem Strafbescheide zugleich mit dem Verlust ihrer Civilansprüche verurtheilt worden ist (vgl. auch S. 279 d. G.S. a. E.) Allein dieser Ausnahmefall hat in Verbindung mit der neuerdings erfolgten gänzlichen Aufhebung der Strafen der einfachen Schwächung ebenfalls hinwegfallen müssen, wie dies §. 9 des Ges. vom 1. Sept. 1849 (G.S. v. J. 1849 S. 204) auch ausdrücklich ausgesprochen hat. Es existiren daher dermalen für Altenburg nur noch vier Ausnahmsfälle. Diese aber werden in der Const. mit Folgendem aufgeführt:

a) Wenn der Beischlaf gegen eine Vergeltung oder das Versprechen einer solchen erfolgte [46]). Die Worte der Const. sind hierbei der Art, daß man nicht bloß an solche Personen zu denken berechtigt ist, welche gemeinhin die Lohnhurerei als ein Gewerbe betreiben, auch solche, welche nur einmal sich preisgaben, dabei aber mit Beziehung auf den fraglichen Beischlaf eine Vergeltung annahmen oder sich versprechen ließen, unterfallen nach der im Goth. sowohl, als im Altenb. Gesetze angenommenen Wortfassung entschieden dem Verluste aller Ansprüche. Wohl aber bleibt der Fall ausgeschlossen, wenn die der Stuprata gewährte Gabe nicht der Natur einer Vergeltung, sondern nur einer aus freiem Entschlusse des Gebers hervorgegangenen Liberalität, oder wenn, wie dies eine Bemerkung der Altenb. Regierung bei Berathung der Const. ausdrückte: „eine sonst honette Weibsperson von dem, mit dem sie Beischlaf getrieben, ein nicht in Geld [47]) bestandenes Geschenk bekommen und angenommen hat". Im einzelnen Falle

gen hat oder nicht, lediglich nach den Vermögensverhältnissen und der Zahlungsfähigkeit des Vaters bestimmt (§. 58 ib.), endlich daraus, daß es in §. 61 in. u. §. 67 i. f. auch die Nachforderung schon verfallner Alimente des außerehelichen Kindes für rechtlich zulässig erklärt."

46) Busch a. a O. §. 142 führt den Grund dieser Beschränkung auf den Gesichtspunkt eines Vergleichs zurück, durch welchen sich die stuprata hier stillschweigend jeder weitern Entschädigung begebe. Dieser Gesichtspunkt dürfte der Altenb. Const. weniger zu Grunde liegen, als daß der Verlust der qu. Ansprüche hier zur Strafe eintritt, weil die stuprata eine auch auf ihrer Seite immerhin als Verbrechen charakterisirte Handlung zum Gegenstand eines Erwerbes machte.

47) Selbst darauf dürfte nicht alles ankommen. Es lassen sich wohl Fälle denken, in denen die stuprata von dem stuprator z. B. zur Anschaffung von Putzsachen Geld empfing, ohne daß man das Empfangene unter den Gesichtspunkt einer Vergeltung für den Beischlaf zu bringen hätte, und umgekehrt läßt sich eine Vergeltung für den Beischlaf auch mit andern Gegenständen, als Geld, denken.

Digitized by Google

kann hierbei freilich, was als Geschenk, was als Vergeltung anzusehen sei, fraglich werden, und vieles wird, wie Busch a. a. O. S. 190 mit Recht bemerkt, in dieser Hinsicht der gesunden Beurtheilungsgabe des erkennenden Richters anheimgestellt bleiben müssen. Im Ganzen finden sich die dabei einzuhaltenden Gesichtspunkte aber durch die Altenb. Const. prägnanter ausgedrückt, als in der Goth. Denn während letztere nur im Allgemeinen von Vergeltung an Geld oder Geldeswerth spricht, erfordert die erstere „einen mit gegenseitiger Zufriedenheit im Voraus zugesicherten Lohn oder Vergeltung an Geld oder Geldeswerth, möge dieser Lohn oder Vergeltung nach der Zeit geleistet worden sein oder nicht, sobald er nur Bedingung des Beischlafs war". In den letzten Worten wird man jedenfalls den essentiellen Punkt zu erblicken haben und deshalb auch nicht, wie ein bloß an den Worten hängender Interpret unter Bezug auf den Ausdruck „zugesicherter Lohn" wohl thun könnte, Bedenken darüber tragen können, daß die Ansprüche der Stuprata ebenso auch alsdann wegfallen müssen, wenn zwar keine ausdrückliche Zusicherung eines Lohnes vorausgegangen war, wohl aber die Mannsperson aus allen Umständen zu entnehmen habe, daß die Hingabe zur Wollust von Seiten der Frauensperson nur in Erwartung eines solchen Lohnes geschah. Denn leicht möchte sonst gerade eine decidirte Lohnhure im Stande sein, durch spätere Verweigerung der Annahme des Lohns die constitutionsmäßigen Ansprüche sich — offenbar wider die Absicht des Gesetzgebers — zu salviren [48]).

b) Wenn es „ganz unzweifelhaft" ist, daß die Mannsperson von der Frauensperson selbst verführt worden ist. Schon die Fassung der Worte der Const. gibt hierbei an die Hand, daß solchenfalls die überwiegende Anreizung der Frauensperson zu dem Beischlaf mit ihr aus den Umständen mit völliger Klarheit erhellen muß, wenn sie Berücksichtigung finden soll, und die Altenb. Const. hat es deshalb für nothwendig gehalten, noch überdies die Anführung „besonders schlüssiger Thatsachen" noch speciell zu betonen. Über Fälle, in denen eine solche Verführung angenommen werden darf, vgl. insbes. Busch a. a. O. S. 163 ff. u. a. Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. I S. 458, zu No. 16. Einen eigenthümlichen Anhalt zur Begründung eines derartigen Ausnahmefalls gibt noch §. 43 der Altenb. Const. [49]) an die Hand. Hiernach muß nemlich bei dem unehelichen Beischlaf eines Bedienten — worunter aber in dieser Hinsicht alle Personen zu verstehen sind, die einen wöchentlichen, monatlichen oder jährlichen Lohn beziehen, gleichviel ob sie zugleich im Hause wohnen oder nicht, daher auch

48) Busch a. a. O.

49) Die Goth. Const. hat den betreffenden Passus nicht.

Digitized by Google

z. B. wirkliche Hauslehrer, Handlungsdiener, Verwalter, Jägerburschen, Handwerksgesellen u. a. — mit der Frau, Tochter oder Verwandtin seiner Dienstherrschaft der Regel nach angenommen werden, daß die Annäherung zunächst von der Geschwächten ausgegangen sei [50]).

c) Wenn eine Ehefrau zur Zeit des ehebrecherischen Beischlafs noch mit ihrem Ehemann in ehelicher Gemeinschaft gelebt hat. Die Ehefrau muß daher, um die Ansprüche einer Stuprata sich zu erkämpfen, nothwendig zugleich beweisen, daß sie innerhalb des tempus congruum der ehelichen Beiwohnung ihres Ehemanns sich enthalten habe. Von diesem Beweise wird sie, wie die Altenb. Const. noch durch einen besondern Zusatz erkennen läßt, selbst dann nicht befreit, wenn sie bereits von ihrem Ehemann a mensa et thoro geschieden war. Erst die völlige Aufhebung des ehelichen Verhältnisses löst die Präsumtion, die bei Ehefrauen immer stattfindet, daß der Ehemann der Vater eines von der Frau erzeugten Kindes sei.

Der wichtigste und processualisch am meisten zur Anwendung gelangende Ausnahmefall, in welchem die Ansprüche der Frauensperson gänzlich cessiren, ist nach §. 52 c) in der Weise bestimmt:

d) wenn die Geschwächte, obwohl sie ein vollständiges Kind geboren hat, gleichwohl gestehen muß, daß das Kind nicht intra tempus congruum nach dem Beischlaf geboren worden sei. Als dieses tempus congruum nimmt die Const. an, wenn das Kind innerhalb der 30. und 41. Woche oder des 210. und 287sten Tages nach dem Beischlaf geboren worden ist. Es hat daher die Const. die Nativitätstermine gegenüber den im gemeinen Recht darüber angenommenen Zeitbestimmungen [51]) wesentlich zu Ungunsten der Stuprata eingeschränkt. Indem die Const. dem Beklagten hiermit dawider Schutz gewähren will, daß ihm nicht die Folgen eines Beischlafs imputirt werden, welche auf Grund physiologischer Wahrheiten nicht aus dem fraglichen Beischlaf, den die klagende Frauensperson zum Stützpunkt ihres Anspruchs genommen hat, hervorgegangen sein können, läßt sie aber doch den Beweis dieser Unmöglichkeit dem Beklagten nicht völlig frei, sondern bindet ihn selbst an Voraussetzungen, die als positive Grundlagen der diesfallsigen Beweisführung zu dienen haben. Zweierlei Nachweise müssen dabei nach dem Gesetze vorzüglich erbracht werden, einerseits der

50) Zum Beweis der Einrede der Verführung ist auch der Gebrauch der Eidesdelation zulässig. Anerkannt mit Beziehung auf Osterloh, ordentl. bürgerl. Proceß Bd. II §. 258 Not. 16 durch ein Rescript des Appellationsgerichts vom J. 1853 zu Nr. 659.

51) Vergl. Glück, Commentar Bd. XXVIII S. 108 ff.; Busch a. a. O. S. 279 ff.; v. Savigny, System Bd. II S. 385 ff.

Digitized by Google

Nachweis, daß die Geburt des Kindes außerhalb der Zeit falle, welche die Const. als das tempus congruum der Geburt ansieht, andererseits die Gewißheit, daß der partus nichtsdestoweniger ein vollständiger gewesen sei. Hieraus folgt zunächst, daß selbst wenn das Nichtzusammentreffen der gesetzlich angenommenen Geburtszeit mit der des Beischlafes nachgewiesen vorliegt, doch die Verpflichtung des Beklagten zur Prästation der constitutionsmäßigen Ansprüche fortbestehen kann, falls nemlich dargethan zu werden vermag, daß der partus kein vollständiger gewesen sei. Ebenso muß aber auch weiterhin gefolgert werden, daß, wenn einmal das Zusammentreffen der Geburt mit der Zeit des Beischlafes innerhalb der gesetzlichen Nativitätstermine feststeht und ebenso erwiesen ist, daß der partus ein vollständiger gewesen ist, der Stuprator sich durch andere Ausflüchte von seinen Verpflichtungen nicht befreien kann. Nur für den Fall gestattet die Const. §. 52 a. E. (vgl. mit §. 59 al. 5) noch eine Ausnahme, wenn der Stuprator noch im Stande wäre, eine bei ihm vorhandene Unmöglichkeit der Kinderzeugung nachzuweisen, doch so daß dabei immer der Anspruch auf Ausstattung erhalten bleibt. Beispielsweise wird man daher es nicht für ausreichend ansehen können, wenn etwa der Stuprator, der zugestehen muß, intra tempus congruum mit der Klägerin, welche darauf auch ein vollständiges Kind geboren, zu thun gehabt zu haben, sich zur Ablehnung der Vaterschaft darauf berufen wollte, daß die Frauensperson zur Zeit seines Beischlafes bereits schwanger gewesen sei [52]), oder daß die Reife des Kindes auf einen andern Zeitpunkt intra tempus congruum hinweise, als denjenigen, zu welchem er der Klägerin beigewohnt. (Rescr. zu Nr. 5 v. J. 1860). Wie v. Savigny, System Bd. II S. 390 mit Recht hervorhebt, kann es den von den Gesetzen aufgestellten Regeln gegenüber nicht darauf ankommen, ob die physiologischen Voraussetzungen, auf welche jene sich gründen, im einzelnen Fall überall zutreffen; bei dem großen Schwanken der Ärzte und Physiologen in ihren Ansichten hat man vielmehr in den bezüglichen gesetzlichen Regelungen die wohlthätige Absicht zu erkennen, eine individuelle Beurtheilung des einzelnen Falles möglichst abzuwehren. Nur das Vorhandensein eines vollständigen Kindes (offenbar eine Übersetzung des perfectus partus in l. 12 Dig. de statu hom. I 5) darf daher erforderlichen Falls zum Gegenstand einer Beweisführung gemacht werden. Die äußere Feststellung dieses Begriffes hat aber dabei nach

52) Im Königr. Sachsen wird diese Ausflucht, die man in dieser Bedeutung wohl von der exceptio congressus cum pluribus zu unterscheiden hat, an sich als zulässig erachtet. Vgl. Zeitschr. f. R. u. Verw. N. F. Bd. I S. 92, Bd. IV S. 3. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle Jahrg. 1860 S. 111 ff.

Digitized by Google

der Const. so zu geschehen, daß darunter solche Kinder zu verstehen sind, die eine derartige Körperbeschaffenheit zeigen, daß sie als ordentlich ausgetragen und als rechtzeitig, d. h. innerhalb eines solchen Zeitraums, wie ihn die Const. als Nativitätstermin aufgestellt hat, geboren (justo tempore procreati) gelten können. Dies erhellt nicht bloß aus dem §. 52, insbesondere aus der ibid. unter c gleich daneben erfolgten Festsetzung des bezüglichen tempus congruum, sondern namentlich auch aus der Definition eines vollkommenen Kindes, wie sie §. 87 Nr. 5 [53]) vgl. mit §. 81 der Const. [53]), wenn schon zunächst mit Beziehung auf andere Rechtsbestimmungen (über Kindesmord ꝛc.), liefert. In etwaigen Zweifelsfällen kann die Entscheidung hierüber natürlich nur durch sachverständiges Gutachten geliefert werden. Der Ausspruch einer Hebamme wird dafür in der Regel nicht ausreichen, es hat sich daher die Partei, welche aus der Beschaffenheit des Kindes Schutzmittel abzuleiten Willens ist, diesfalls vorzusehen. Auch aus dem längeren Leben des Kindes kann nicht ohne weiteres ein Schluß auf das Vorhandensein der Voraussetzungen der Vollständigkeit desselben entnommen werden. In einem neueren Falle (Refer. zu Nr. 19 v. J. 1863) behauptete die klagende Stuprata, obschon sie gestehen mußte, daß das Kind 13 Wochen gelebt habe, und nicht intra tempus congruum geboren sei, dennoch unter Anführung verschiedener Merkmale, als unausgebildeter Nägel, Mangel der Kopfhaare ꝛc. dessen Unvollständigkeit und damit die Verpflichtung des Stuprator zu den constitutionsmäßigen Prästationen. Das H. Appellationsgericht entschied dahin, daß durch das Geständnis des 13wöchigen Fortlebens des Kindes der Beweis der behaupteten Unvollständigkeit im Sinne des Gesetzes noch nicht ausgeschlossen sei, wenn es auch dabei davon ausging, daß durch das erwähnte Geständnis längeren Fortlebens die Behauptung, daß das Kind dennoch nicht als ein vollständiges anzusehen sei, den Charakter einer Replik angenommen habe, und daß deshalb nicht mehr dem beklagten Stuprator, sondern zunächst der Klägerin die Verpflichtung obliege, den Beweis der angeblichen Kennzeichen der Unvollständigkeit des Kindes zu erbringen.

Eine nicht unwichtige Frage ist dabei noch die über die Art der Berechnung der Zeit, binnen deren das Kind nach dem Gesetze geboren sein muß, um als Frucht des qu. Beischlafes gelten zu können. Über diese Frage hat das vormalige Herz. Landesjustizcollegium in einem in

53) §. 87 Nr. 5: „Für ein vollkommenes Kind soll im Zweifel jede Frucht gehalten werden, von welcher — ausgemittelt werden kann, daß sie wenigstens 30 Wochen im Mutterleibe sich befunden habe. §. 87 erklärt „zeitige" Frucht durch Verweisung auf §. 87 Nr. 5 für gleichbedeutend mit „vollkommener" Frucht.

Digitized by Google

der Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verwalt. in Sachsen, N. F. Bd. II S. 162 ff. mitgetheilten Erkenntnisse wider die Ansicht von Hagemann, prakt. Erörterung. Th. IV S. 416 ff., Busch a. a. O. S. 283, Gett, d. Rechtsverhältn. aus d. außerehel. Geschlechtsgem. S. 105 ff. dahin entschieden, daß nicht die Civilcomputation, sondern die natürliche Berechnungsweise a momento ad momentum anzuwenden sei; auch ist diese Ansicht indessen nur mit Beziehung auf dieses Präjudiz, auch noch in einem neueren Falle wiederholt festgehalten worden. Doch bekennt Verf. dieses offen, daß er für seine Person sich durch die für die gedachte Ansicht a. a. O. angegebenen Gründe nicht überzeugt erachten kann, und besonders gestützt auf die Ausführungen v. Savigny's System Bd. IV S. 358 ff., welchen sich auch fast alle neueren Rechtslehrer angeschlossen haben (Puchta, Lehrb. der Pand. §. 75 Not. b, Dessen Vorlesungen herausgeg. v. Rudorff ad h. l., v. Vangerow, Leitfaden, Aufl. 6, Bd. I S. 389 Not. 7, Sintenis, prakt. Civilr., 2. Aufl., Bd. I S. 229 Not. 16 a. E. und Not. 22, Arndts, Pand. 4. Aufl. §. 89 S. 117), der gegentheiligen Meinung, welche sich für die Anwendung der Civilberechnung (ad dies) als der überhaupt bei juristischen Berechnungen die Regel bildenden Berechnungsact entscheidet, den Vorzug einräumen würde. Abgesehen von den für diese Ansicht theils aus der Natur der Sache, die nur in den seltensten Fällen den Moment des Beischlafes genau nach dem Augenblick feststellen lassen wird, theils aus den Quellen des gemeinen Rechts zu entnehmenden Gründen, scheinen ihm hierfür auch die Worte der Const. zu sprechen, wenn sie namentlich in erster Linie die Berechnung der Nativitätstermine nicht einmal nach Tagen, sondern nach Wochen bestimmen; auch kann schwerlich angenommen werden, daß der Gesetzgeber einen physiologischen Satz, dessen Begrenzung auf Wochen und Tage schon seine Schwierigkeiten hat, sogar nach der Minute festzustellen beabsichtigt habe. Für die Civilcomputation hat sich übrigens in neuerer Zeit auch das OAGericht Celle nach einem bei Seuffert, Archiv f. Entscheid. Bd. V Nr. 173 S. 221 mitgetheilten Erkenntnisse ausgesprochen, und ebenso scheint diese Ansicht auch von dem OAGericht Jena nach der in dem Erkenntnis bei Seuffert Bd. X Nr. 170 S. 228 aufgestellten Berechnung, welche bloß auf die Tage Rücksicht nimmt, befolgt zu werden.

Die Berechnung der Nativitätstermine würde aber freilich, auch wenn man sich für die Civilcomputation entscheidet, nach den Worten der Const. doch nicht in der Weise zu geschehen haben, wie dies das in der Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. a. a. O. kürzlich referirte und vom vormal. Landesjustizcollegium in dieser Hinsicht mit Recht refor-

Digitized by Google

mirte Erkenntnis erster Instanz gethan hat, daß nemlich in die Nativitätsperiode auch der Tag des Beischlafes selbst schon von seinem Beginne an ganz mit einzurechnen wäre [54]). Denn wenn das Gesetz von einer Geburt „innerhalb des 210. und 287. Tages nach dem Beischlafe" spricht, so hat man doch diesen Worten gemäß zunächst vom ersten Tage nach dem Beischlaf bis zum Beginne des 210. Tages zu zählen, um mit der ersten Mitternachtsstunde dieses Tages den Beginn der Frist zu erreichen, von da an weiter bis zum Ablauf der eilften Mitternachtsstunde des 287. Tages darauf fortzurechnen, um bis zum Ende der im Gesetz bestimmten Frist zu gelangen.

Praktisch gestaltet sich übrigens die Sache in der Regel so, daß, obschon die Mannsperson, wie in den Fällen a—c, so auch im Falle unter d dadurch, daß sie zu behaupten vermag, es sei von der Klägerin ein vollständiges Kind, aber nicht innerhalb des Zeitraums vom 210.—287. Tage nach dem von ihm verübten Beischlafe geboren worden, zunächst nur eine Exception wider die schon mit dem simplen Factum fleischlicher Vereinigung begründete Klage geltend macht, die Klägerinnen und die mit ihnen als Litisconsorten auftretenden Vormünder der unehelichen Kinder meistens, um diesem Einwand zu begegnen, schon ihrer Klage die Behauptung inseriren, daß der Beklagte mehrfach, namentlich aber innerhalb des 210.—287., vom Tage der Geburt des Kindes rückwärts gerechnet, den Beischlaf mit ihnen vollzogen habe. Eine eigenthümliche Sachlage entsteht aber hierdurch alsdann, wenn der Beklagte hierauf zwar zugesteht, daß er außerhalb der Nativitätstermine (wenn auch vielleicht nur um den Unterschied eines oder mehrerer Tage vor oder nachher) mit der Klägerin zu thun gehabt habe, dagegen ableugnet, daß dies innerhalb der Nativitätstermine geschehen sei und der Klägerin auch der diesfallsige Beweis z. B. durch Ableistung eines dem Beklagten deferirten und von ihm acceptirten Schiedseides mislingt. In solchem Falle ist zwar gewiß, daß die Stuprata Entbindungs-, Tauf- und Sechswochenkosten, sowie auch der Vormund Alimente für das uneheliche Kind von dem Beklagten nicht fordern kann. Denn die Geschwächte resp. der Vormund haben in diesem Falle im Grunde nicht mehr bewiesen, als daß der Beklagte mit ihr extra tempus congruum den Beischlaf vollzogen habe, und daß darauf zu einer damit nicht zusammentreffenden Zeit von ihr ein Kind geboren worden sei, während alles andere ungewiß geblieben ist. Wenn nun aber, um die Entbindungs-, Tauf- und Sechswochenkosten-Ansprüche in Wirksamkeit treten zu lassen, auch

54) Diese Berechnung beobachten für das gemeine Recht allerdings Busch a. a. O. S. 283, Gett a. a. O. S. 105 f.; ebenso wird sie im Königr. Sachsen angewendet.

Digitized by Google

erfordert wird, daß eben intra tempus congruum ein Kind geboren worden sei, so ergibt sich die Hinfälligkeit eines hierauf gerichteten Anspruchs solchenfalls von selbst. Fraglich bleibt aber, ob der Geschwächten nicht dann wenigstens noch der Ausstattungsanspruch salvirt bleibe. Denn dieser ist, wie §. 56 der Const. a. E. klar an die Hand gibt, davon, daß aus dem Beischlaf ein Kind hervorgegangen sei, ganz unabhängig. Freilich kann man dawider auch nicht ohne einigen Schein Rechtens anführen, daß §. 52 c der Const. alle Ansprüche der Frauensperson wegfallen läßt, wenn nur dieselbe nach Geburt eines vollständigen Kindes überführt werden kann, daß das Kind nicht intra tempus congruum nach dem Beischlaf geboren worden sei, und daß eine solche Überführung in der eidlichen Ablehnung des concubitus intra tempus congruum zu finden sei, sowie auch daß in dieser eidlichen Ablehnung und der erwiesenen Geburt des Kindes zugleich ein genügender Beweis eines congressus cum pluribus liege, der nach §. 56, 3 und 4 ebenfalls den Ausstattungsanspruch vernichte. Nichtsdestoweniger hat das H. Appellationsgericht sich in mehreren solchen Fällen, insbes. in einem Rescr. v. 23. Jan. 1858 für die Erhaltung des Ausstattungsanspruches entscheiden zu müssen geglaubt[55]). Hierbei sind besonders folgende Erwägungen als maßgebend angesehen worden: „Die Const. §. 52 a. E. und §. 56 a. E. bestimmt klar, daß die bloße Thatsache des Beischlafes zur Begründung des Rechtes der Stuprata auf Ausstattung genüge, ohne daß hierzu der Erfolg einer Schwängerung erforderlich sei, und daß diesem Klaggrunde nur durch mit der erforderlichen Bestimmtheit vorgeschützte Einreden die Wirkung entzogen werden könne. Eine Ausnahme von diesem Rechte der Stuprata für den Fall, wenn sie zu verschiedenen Zeiten, von denen nicht alle, sondern nur einige intra tempus congruum fallen, mit dem Beklagten sich fleischlich vermischt haben will und hierauf ein Kind geboren hat, dahin, daß dann ihr Recht auf Ausstattung lediglich aus dem Stuprum begründet werde, wodurch sie geschwängert wurde, kennt weder das gemeine Recht, noch enthält unser Landesrecht etwas Stichhaltiges für eine solche Ausnahme. Für eine solche Ausnahme lassen sich zunächst die materiellen Bestimmungen §. 52 c, wonach der Ausstattungsanspruch nicht stattfinden soll, wenn die Geschwächte ein vollständiges Kind geboren hat und gleichwohl gestehen muß, daß das Kind nicht intra tempus congruum geboren sei, und alin. ult. dess. §. 52, nach welcher die des Beischlafs geständige oder überführte Mannsperson, falls ein Kind von der Stuprata geboren wurde, doch nicht ausstattungspflichtig sein soll, wenn sie an erwiesener körperlicher Un-

55) Vgl. auch die Samml. interess. Aufsätze aus dem Gebiete des gem. Rechts, Braunschw. 1838, Bd. I Nr. 80 S. 257 ff.

Digitized by Google

fähigkeit zur Kinderzeugung laborirte, nicht anführen. Dieselben besprechen nur Fälle, in denen processrechtlich ein congressus stupratae cum alio als völlig nachgewiesen anzunehmen ist. Denn fällt nach den eigenen Angaben der Stuprata über die Zeit des Beischlafes die Zeit der Geburt des Kindes, welche von ihr zugestanden oder ihr nachgewiesen worden ist — nur von diesem Nachweise der Geburtszeit, nicht der Zeit des Beischlafes spricht das Wort „überführt" in §. 52 e — nicht in das gesetzliche tempus congruum oder ist die körperliche Unmöglichkeit des Stuprator zur Kinderzeugung physiologisch erwiesen, dann ist freilich völlig liquid geworden, daß derjenige Stuprator, von dem das Kind herrührte, ein anderer als der Beklagte gewesen sein müsse, und dann muß der Ausstattungsanspruch gegen letztere mit Hinblick auf §. 56 der Const. allerdings hinwegfallen, weil in beiden Fällen neben dem an sich aus dem Stuprum begründeten Anspruch auf Ausstattung zugleich ein diesen Anspruch zerstörendes exceptivisches Element mit liquid geworden ist. Sollte aber jene Ausnahme daraus abgeleitet werden, daß der Stuprator, gegen welchen das Stuprum intra tempus congruum nicht erwiesen wurde, ohngeachtet seiner stupra außerhalb dieser Zeit darum nicht ausstattungspflichtig sei, weil dann der congressus stupratae cum alio als erwiesen anzunehmen stehe, so würde sich dieser Grund nur in die processrechtliche Beweisfrage auflösen, ob aus jenem Mislingen des Beweises des stupri intra tempus congruum zugleich auch der congressus stupratae cum alio in der That als erwiesen anzunehmen sei oder nicht. Hierfür greifen, da in den Eidesworten eine derartige Behauptung nicht berührt, sondern nur der Beischlaf intra tempus congruum negirt wird, nur die Grundsätze über den künstlichen Beweis durch Schlußfolgerungen ein. Ist aber für einen derartigen Beweis Concludenz der Thatsachen, aus welchen das Factum quaest. geschlossen werden will, nothwendiges Erforderniß, so muß eine solche Concludenz der bloßen eidlichen Versicherung des Beklagten, daß er intra tempus congruum mit der Klägerin sich nicht fleischlich vermischt habe, entschieden abgesprochen werden, weil das Factum dieses Eides möglicherweise auch nur bösen Willen des Beklagten, Leichtsinn oder Irrthum zur Veranlassung gehabt haben kann. Es folgt aus diesem Eide nur die Hinfälligkeit des Klaggrundes, welchen die Klägerin aus dem Stuprum intra tempus congruum entlehnte. Der Beweis des Beischlafes intra tempus congruum ist mislungen, wie wenn benannte Zeugen das bezügliche Factum nicht bestätigt hätten; allein aus diesem Mislingen wird ein bündiger Schluß dafür rechtlich nicht gezogen werden können, daß die Klägerin auch nun wirklich nicht mit dem Beklagten, sondern mit andern concum-

Digitized by Google

birt habe. Es wird dadurch nichts für die Klägerin, aber auch nichts für des Beklagten Behauptung des congressus cum pluribus bewiesen. Der Civilbeweis hat nur eine formelle, nicht die materielle Wahrheit zu erstreben. Die Wirkung der durch den Eid des Beklagten erbrachten bloß formellen Wahrheit hinsichtlich der Negative, daß der Beklagte intra tempus congruum mit der Klägerin nicht concumbirt habe, soweit zu erstrecken, daß nach ihr auch die Affirmation, die Klägerin habe mit einem andern, als dem Beklagten zu thun gehabt, für erwiesen anzunehmen sei, so unbescholtenen Rufes und Wandels die Klägerin auch sonst sein möchte, überschreitet die Folgen, zu denen jene bloß formelle Wahrheit nur berechtigt. Es würde dadurch dieser bloß formellen Wahrheit der Negative über deren Inhalt hinaus eine Wirkung auf affirmative Zustände zugetheilt, für welche die richterliche Ueberzeugung nur durch positive Nachweise zu gewinnen ist. Bleibt daher der Klaggrund aus dem zugestandenen Stuprum extra tempus congruum wider den Beklagten unerschüttert bestehen, so ist der Beklagte, er mag den ihm über das Stuprum intra tempus congruum deferirten und acceptirten Eid ableisten oder nicht, in jedem Falle schuldig, der Klägerin die verlangte Ausstattung zu leisten."

(Fortsetzung folgt.)

Erörterungen aus dem Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Vom Herrn Präsident Dr. Wilhelm Burckhard zu Weimar.

I. Über die Zuständigkeit zu Verhängung der Curatel über Verschwender ꝛc. und die Voraussetzungen der letzteren.

Die Kreisgerichte zu Weimar und zu Eisenach haben sich im Bezug auf die obige Frage in der Berufungsinstanz mehrfach in folgender Weise ausgesprochen.

Es kann der auf v. Arnold, das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender, gestützten Ansicht, daß eine Verhängung der Curatel ebenso, wie die gerichtliche Todeserklärung verschollener Personen als ein Akt der streitigen Gerichtsbarkeit anzusehen und von der Zuständigkeit der Einzelrichter ausgeschlossen sei, nicht beigetreten werden. Die gerichtliche Todeserklärung setzt nothwendig einen Antrag voraus, zu Folge dessen im civilprocessualischen Edictalverfahren verhandelt wird, während die Verhängung der cura, die Prodigalitätserklärung, nicht nothwendig den Antrag eines Betheiligten zur Unterlage hat, sondern auch von Gerichtsamtswegen auf dem Grunde

einer selbständig verhängten causae cognitio im Wege des Untersuchungsverfahrens ausgesprochen werden kann, §. 3 J. de curat. 1, 23. fr. 1 pr. D. de curat fur. 27. 10. Kraut, Vormundsch. S. 213 f., woraus sich zugleich ergibt, daß die Verhandlungen über eine Prodigalitätserklärung nicht zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören. Im Gegensatz zu diesen verweist das Gesetz über die Zuständigkeit der Gerichte vom 15. März 1850 §§. 4 u. 8 die Handhabung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu dem Geschäftsbereich der Justizämter und bezeichnet diese als die einzigen obervormundschaftlichen Behörden, ohne zwischen der Führung und der Verhängung der Vormundschaft zu unterscheiden. In dieser Weise ist die Zuständigkeitsfrage seit dem 1. Juli 1850 von den verschiedenen Justizbehörden des Landes stets aufgefaßt und entschieden worden.

Was aber die Unterlage für die Verhängung der Kuratel selbst anlangt, so muß beachtet werden, daß es sich auf der einen Seite um das höchste Recht der Menschen, die freie Selbstbestimmung handelt, und es daher selbstverständlich nothwendiges Erfordernis ist, so gewichtige Gründe für dieselbe zur Seite zu haben, daß deren Entziehung als eine äußerste Nothwendigkeit erscheint. Allein ebenso selbstverständlich ist es, daß durch diese Grenze der Zweck selbst nicht beseitigt werden darf, daß man mit anderen Worten nicht genöthigt ist, mit der Verhängung bis dahin Anstand zu nehmen, wo ein Verschwender nichts mehr zu verschwenden hat. L. 1 D. de curator. furios. (27, 20). — L. 12 §. 2 D. de tutor. et curator. (26, 5) — Sintenis, Civilr. III §. 155 S. 302 II.

Die Verhängung der Curatel wegen Verschwendung erscheint danach gerechtfertigt, wenn jemand sein Vermögen vergeudet, d. h. dasselbe ohne Ziel und ohne einen vernünftigen Zweck herunterbringt, so daß bei einer Fortdauer eines solchen Verfahrens die endliche Verarmung in Aussicht steht.

II. Kann der Nachweis, daß ein Geschäft, welches eine bestimmte gerichtliche Form erfordert, in dieser wirklich vorgenommen worden sei, gegenüber den vorliegenden gerichtlichen Urkunden durch andere Beweismittel geliefert werden.

Setzen wir folgenden Fall:

Eine Ehefrau erscheint vor Gericht und erklärt in Gegenwart des Gläubigers und unter Zustimmung ihres Ehemannes, sie habe zu Bezahlung einer Schuld des letzteren an X. von diesem X. selbst 200 Thlr. erborgt und verpfände für dieses Darlehn ihr Wohnhaus. Das Gericht bestätigt die Hypothek. Als das Darlehn nicht rechtzeitig zurückgezahlt

wird, klagt der Gläubiger. Nach der Gesetzgebung des Großherzogthums Sachsen-Weimar ist ausdrücklich bestimmt, daß die Handlung unter den Gesichtspunkt der eheweiblichen Bürgschaftsleistung für den Ehemann falle. Eine solche liegt vor, wenn die Ehefrau für eine bereits bestehende Schuld des Ehemanns durch Bestellung einer Hypothek Sicherheit gewährt, oder wenn sie in die Schuld des Ehemanns eintritt, oder mit Kenntnis des Darleihers von dem Zweck ein Darlehn aufnimmt, um eine Schuld des Ehemanns zu berichtigen. Zur Giltigkeit einer Verbürgung für den Ehemann ist eine Belehrung der Ehefrau in bestimmter Weise vorgeschrieben.

> Ges. v. 23. April 1833 §. 2. „Wenn sich eine Ehefrau während der Ehe für ihren Ehemann verbürgt, so wird zur Giltigkeit dieses Geschäftes noch besonders erfordert: a) daß sie vor einem Gerichte geschehe, welches mit der bürgerlichen nicht streitigen (freiwilligen) Gerichtsbarkeit begleitet ist; b) daß derselben eine richterliche Belehrung der Ehefrau über die Nachtheile vorangehe, mit denen ihr Vermögen durch die Bürgschaft bedroht wird, wobei dem Ehemanne die Mitanwesenheit an Gerichtsstelle von dem Richter untersagt werden muß." (Ges. v. 2. Febr. 1839 §. 3.)

Das Gericht aber hat in das Protokoll nicht aufgenommen, daß diese Belehrung erfolgt sei. Der Gläubiger dagegen behauptet dies und trägt darüber, daß es geschehen sei, den Eid an. Es fragt sich, ob dies zulässig sei. Die Frage muß verneint werden.

Zunächst ist zu bemerken, daß es sich hierbei nicht um eine Erörterung darüber handelt, ob gegen den Inhalt eines Protokolles auch der Eidesantrag, oder nur Zeugen und Urkunden zulässig seien. Osterloh, bürgerl. Prozeß §. 112 Not. 4. 5. 6. 11. 12. 13. Bei Rechtsgeschäften, welche giltig geschlossen werden können, ohne daß dazu eine gerichtliche Form erforderlich ist, kann deren Inhalt, wenn sie gerichtlich verlautbart wurden, auch von außen her durch andere Beweismittel namentlich in der Richtung, daß etwas anderes (praeter protocollum) verhandelt worden sei, erwiesen werden. Das ist unzweifelhaft, aber eine ganz andere Frage, als die oben aufgeworfene. Bei einem Rechtsgeschäft dagegen, welches lediglich durch die Beobachtung der vorgeschriebenen gerichtlichen Form seine rechtliche Giltigkeit erlangt, ist die Rechtsbeständigkeit selbst durch die gerichtliche Aufzeichnung resp. das Vorlesen und die Genehmigung bedingt. In dem obigen Fall ist ein Rechtsgeschäft in Frage, welches zu seiner Giltigkeit absolut gerichtliche Belehrung erfordert, eine solche ist aber ohne gleichzeitige gerichtliche und legale Beurkundung — abweichend von anderen, nur des Beweises halber vor Gericht verlautbarten, in Folge der bloßen Übereinstimmung gültigen Geschäften — ebensowenig vorhanden, als

beispielsweise ein gerichtliches Testament als solches seine Rechtsbeständigkeit dadurch erlangen würde, daß es vor zwei Gerichtspersonen verlautbart, sondern nur erst dadurch, daß es von ihnen ordnungsmäßig aufgezeichnet, das Aufgezeichnete aber gehörig vorgelesen und genehmigt worden ist.

III. Kann ein Beamteter, welcher eine formell ungiltige Hypothek bestätigte, sich einredeweise damit schützen, daß er dem zu Schaden gekommenen Gläubiger, von dem er in Anspruch genommen wird, entgegensetzt, derselbe habe selbst die Verpflichtung, die Gesetze zu kennen, sei also mit ihm in gleicher Schuld.

Das Weimarische Pfandgesetz vom 6. Mai 1839 enthält eine Reihe von Bestimmungen, welche dahin zielen, den Gläubiger gegen etwaige Versehen der Unterpfandsbehörde zu sichern, und welche den Realcredit mit Grund außerordentlich befestigt haben. Namentlich sagt es:

„Hinsichtlich der wegen eines Versehens der Unterpfandsbehörde, der Katasterführer oder der Taxatoren von dem dadurch Benachtheiligten anzustellenden Klage auf Schadensersatz gelten die bestehenden Rechtsgrundsätze unter folgenden näheren Bestimmungen. (§. 350.) Die Klage findet erst dann statt, wenn der Nachtheil wirklich eingetreten und die Ausklagung derjenigen Privaten, welche zur Leistung der übernommenen Verbindlichkeit oder zum Schadensersatze zunächst verpflichtet sind — soweit deren Zahlungsunfähigkeit nicht ohnehin nachgewiesen werden kann — erfolgt ist, ohne daß dadurch jener Nachtheil abgewendet oder vergütet worden. (§. 351.) Die Einrede, daß dem Beschädigten die eigene Einsicht der Hypotheken- und Handelsbücher und der denselben zu Grunde liegenden Akten, sowie der Lagerbücher und Kataster zugestanden habe, findet nie statt. (§. 353.) Wegen der durch Schuld der Unterpfandsbehörden, der Grundbuchführer und durch die Mängel der Grundbücher selbst verursachten Nachtheile haftet der Staatsfiscus dergestalt, daß der Anspruch auf Schadensersatz, unter den im §. 354 enthaltenen Bedingungen, sofort gegen ihn erhoben werden kann. (§. 355.) Der Beschädigte hat vor Anstellung einer Klage unter Begründung seines Anspruchs dem betr. Landesjustizcollegium Anzeige zu machen. Ergibt sich diese Begründung bei der anzustellenden Erörterung, der schuldige Beamte aber versteht sich in Güte nicht zur Entschädigung, so sind die Betheiligten entweder nach Maßgabe des §. 351 vorerst zu bescheiden, oder es ist nach Befinden sofort bei der höchsten Behörde auf vorschußweise Befriedigung des Beschädigten aus der Staatskasse anzutragen. Im Falle der Zahlung gehen alle Rechte und Klagen des Befriedigten von selbst auf den Fiscus über." (§. 357.)

Digitized by Google

Kehren wir zu dem obigen Fall unter Ziff. II und zu der Einrede zurück, der Kläger habe die Verpflichtung gehabt, sich bei der Empfangnahme der Urkunde von deren Inhalte zu überzeugen, oder er sei vielmehr, da er diesen, als gegenwärtig bei der Verhandlung, kannte, insofern selbst in Schuld, als er die Beachtung der gesetzlichen Form nicht beantragt, sondern sich mit dem, was das Gericht gethan und beurkundet, ungeachtet des vorliegenden Mangels begnügt habe. Es könnte die Bestimmung des §. 353 cit. zu der Ansicht hinleiten, daß, nach dem Schluß vom Gegentheil, eine Pflicht des Betheiligten bestehe, wenigstens die ihm zu Händen gehende Urkunde zu prüfen, wenigstens das in Rücksicht zu ziehen, was in seiner Gegenwart, mit seiner Wissenschaft, geschah. Allein jene Bestimmung bezieht sich überall nur auf, übrigens dem Betheiligten an sich unbekannte, Thatumstände. Im vorliegenden Fall dagegen handelt es sich nicht um die Beachtung oder Nichtbeachtung von Thatsachen, sondern um die Beurtheilung der rechtlichen Natur des Geschäfts und um die Beobachtung der für dieses vorgeschriebenen Rechtsform. Dabei aber ist darauf Gewicht zu legen, daß die Gesetze zu Entschuldigung des Rechtsirrthums nirgends verlangen, daß der Betroffene die Rechte selbst kennen müsse, sondern nur, daß der, welcher copiam jurisconsulti habuit, nicht versäume, sich belehren zu lassen und daß bei der Rechtsverfassung des Großherzogthums, nach welcher die Gerichtsstellen nicht allein zu Beurkundung, sondern vorzugsweise auch zu rechtlicher Feststellung, Sicherung — Legalisirung — und Bestätigung der ihnen zugewiesenen Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insonderheit der Übereignung von Immobilien und der Bestellung von Hypotheken berufen sind, von den Interessenten den öffentlichen Angestellten in diesem Bereiche insoweit Vertrauen geschenkt werden dürfe, daß sie keineswegs verpflichtet seien, behufs der Sicherung der vorgeschriebenen Form sich noch besonderer Rechtsverständiger zu bedienen. S. a. Schweppe, röm. Privatr. Vierte Ausgabe von Mejer §. 572 S. 475.

IV. Über die Begründung einer derartigen Entschädigungsklage.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welche auch in den oben erwähnten §§. 350. 351 des Weimarischen Pfandgesetzes vom 6. Mai 1839 ihre Bestätigung finden, ist eine Entschädigungsklage aus dem Versehen eines Beamten nur zu begründen, wenn angeführt werden kann, es sei dem Kläger durch solches ein Nachtheil wirklich erwachsen und dieser Nachtheil durch Ausklagung derjenigen Privaten, welche zur Leistung zunächst verpflichtet sind, nicht abzuwenden gewesen. Es gehört daher im obigen Falle zu Begründung der Klage das Anführen,

Digitized by Google

die Bürgin würde das Rechtsgeschäft einzugehen auch dann nicht abgelehnt haben, wenn sie über dessen Natur und Folgen gerichtlich gehörig belehrt worden wäre: ein Erfolg, welchen die Gesetzgebung des Großherzogthums als möglich geradezu voraussetzt, weil sie sonst den Rechtsbestand der Verbürgung einer Ehefrau für den Ehemann nicht von einer solchen Belehrung abhängig gemacht haben könnte. Es gehört aber, da nach dem Obigen das von der Ehefrau eingegangene Rechtsgeschäft in aller Beziehung unter den Begriff einer eheweiblichen Verbürgung für den Ehemann fällt, auch weiter zur Begründung der Entschädigungsklage, daß der Kläger, dafern er gegen den Haupt- resp. ursprünglichen Schuldner alsbald Klage erhoben hätte, wenn in Folge der Belehrung die Bürgschaft verweigert worden wäre, auch wirklich zu seiner Befriedigung gelangt, daß dies aber jetzt wegen inzwischen eingetretener Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes nicht der Fall sein würde.

Die Erörterungen unter II. III. IV beruhen auf Erwägungen der vormaligen Großh. Landesregierung zu Weimar.

Unmündigkeit als Nichtigkeitsgrund.

Ein Rechtsfall, mitgetheilt vom Herrn Kreisgerichtsrath Appelius in Weida.

Gegen ein verurtheilendes Erkenntnis des Kreisgerichts Weida, in der Klagsache des W. in L. wider P. in B. wegen Bezahlung von Lehngeld, wendete der Beklagte Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde ein, die letztere um deswillen, weil er zur Zeit der Klagerhebung und bei der Litiscontestation noch unmündig gewesen sei und somit der Fähigkeit, vor Gericht zu stehen, ermangelt habe.

Das ꝛc. Appellationsgericht zu E. wies diese Nichtigkeitsbeschwerde, unter Bestätigung des erstinstanzlichen Erkenntnisses, als unbeachtlich zurück, weil, wenn auch das von dem Beklagten neuerdings beigebrachte pfarramtliche Zeugnis darüber keinen Zweifel lasse, daß derselbe erst im Laufe des Processes volljährig geworden und mithin während seiner Minderjährigkeit das Proceßverfahren wider ihn eingeleitet worden sei, er sich doch in seiner Vertheidigung gegen die Klage auf diesen, ihm schon damals bekannten Umstand nicht berufen, bezüglich keine Einrede wider das Verfahren daraus hergeleitet habe. Nachdem nun aber die peremtorische Frist zum Vorbringen dieser Einrede verstrichen sei, könne dieselbe jetzt nicht von ihm nachgetragen werden. Richtig würde aber der Richter nur dann verfahren haben, wenn er trotz des Vorbringens, daß Beklagter unmündig sei und ohne diesen Umstand zu berücksichtigen, weiter verfahren hätte.

Digitized by Google

Der Beklagte beruhigte sich bei dieser Entscheidung nicht, sondern formirte nunmehr eine selbständige Nullitätsbeschwerde, indem er die Cassation sowohl des Appellationsgerichtserkenntnisses als auch des ganzen vorausgängigen Proceßverfahrens beantragte.

Nachdem über diese Beschwerde erstinstanzlich vor dem ꝛc. Appellationsgericht zu E. verhandelt und dieselbe schließlich als unbegründet verworfen worden war, gedieh die Sache auf rechtzeitig ergriffene Oberberufung an das Gesammt-Oberappellationsgericht zu Jena.

Aus dem Bescheide dieses Gerichtshofs, welcher abermals gegen den Querulanten ausfiel, sind folgende Gründe hervorzuheben:

„So unzweifelhaft auch der Beklagte und jetzige Querulant zu der Zeit, als die Klage in dem Hauptproceß wegen Bezahlung von Lehngeld gegen ihn erhoben wurde und auch während des darauf eingeleiteten Verfahrens, die Volljährigkeit und damit die Fähigkeit, vor Gericht zu handeln, nach der Bestimmung der Erl. Proceßordnung ad Tit. IX §§. 1 und 3 noch nicht erlangt hatte, so kann doch in dem vorliegenden Falle aus diesem Umstand die Nichtigkeit des Verfahrens und des darauf gegründeten Appellationserkenntnisses nicht abgeleitet werden. Als entscheidend muß nemlich in dieser Beziehung angesehen werden, daß der Beklagte während des in Frage stehenden Hauptrechtsstreites die Volljährigkeit erreichte, gleichwohl aber nach erlangter Volljährigkeit den Rechtsstreit fortsetzte und resp. durch den von ihm beauftragten Rechtsanwalt fortsetzen ließ. Denn dadurch genehmigte er offenbar alles dasjenige, was während seiner Unmündigkeit von ihm resp. für ihn verhandelt worden war, da diese weiteren Verhandlungen lediglich auf dem bis dahin abgesetzten Proceßverfahren beruhten und begreiflicher Weise nur unter der Voraussetzung stattfinden und von dem Beklagten vorgenommen werden konnten, daß er jene früheren Proceßverhandlungen als rechtsgiltig und als für sich verpflichtend anerkannte. Nach erlangter Volljährigkeit ist aber von dem Beklagten resp. durch dessen legitimirten Anwalt nicht nur die Duplikschrift zu den Acten des Hauptprocesses überreicht worden, sondern es ließ derselbe sodann auch geschehen, daß 6 Monate später der Definitivbescheid des Kreisgerichts zu Weida seinem Anwalte publicirt wurde, ohne daß sich der Beklagte veranlaßt gefunden, während des ganzen siebenmonatlichen Zeitraums von erlangter Volljährigkeit an neben der Fortsetzung des Hauptprocesses etwa auf seine frühere Unmündigkeit Bezug zu nehmen, und ohne daß derselbe irgend die Absicht zu erkennen gegeben hätte, die vorhergegangenen Proceßverhandlungen als ungiltig und unverbindlich ansehen zu wollen. Es kann daher nicht anders angenommen werden, als daß der Beklagte mit dem bisherigen Proceßverfahren einverstanden gewesen und daß sodann auch mit seiner Einwilligung auf den Grund desselben die Bescheidsertheilung erfolgt sei. Erst nachdem das Erkenntnis des Großherzogl. Kreisgerichts zu W. ungünstig gegen ihn ausgefallen war, trat derselbe in der Appellationsinstanz mit der Behauptung hervor, daß der fragliche Proceß während seiner Unmündigkeit gegen ihn begonnen und fortgesetzt worden sei, und auf den nemlichen Umstand hat er nun auch, nachdem in zweiter Instanz lediglich bestätigend erkannt worden war, die gegenwärtige selbständig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gegründet. Es ergibt aber das Bisherige, daß dieser Nichtigkeitsgrund gegenwärtig nicht mehr geltend gemacht werden kann, da der-

Digitized by Google

selbe durch die inzwischen erfolgte Genehmigung der Verhandlungen durch den großjährigen Beklagten vollständig beseitigt worden ist. Als gleichgiltig erscheint es hierbei, daß die späteren Proceßverhandlungen nicht von dem Beklagten selbst, sondern von dessen Anwalte vorgenommen worden sind, denn dieser handelte jedenfalls für den Beklagten und in dessen Auftrage und dem letzteren war dies auch bekannt, da er die Proceßvollmacht selbst ausgestellt hatte, in Folge deren der Proceß für ihn geführt und resp. fortgeführt werden mußte, bis jener Auftrag von ihm zurückgenommen worden war, was aber nicht geschehen und von dem Beklagten auch gar nicht als geschehen behauptet worden ist.....

„Übrigens kann der Umstand, daß der Beklagte in dem Hauptproceß sich auf seine Unmündigkeit nicht berufen und die letztere daher auch in dem Erkenntnis zweiter Instanz unberücksichtigt geblieben ist, dem Beklagten und Querulanten hinsichtlich der von demselben erhobenen selbständigen Nichtigkeitsbeschwerde, wie auch das Großherz. Appellationsgericht anerkannt hat, in keiner Weise präjudicirlich sein."

Über die Haftpflicht der Lotterie-Direction für betrügerische oder schuldhafte Handlungen der Lotterie-Hauptexpedition, der Hauptcollecteure ꝛc. den Spielern gegenüber.

Vom Herausgeber.

L. zu S. hatte 1842 in der Weimarischen Lotterie ein von dem Hauptcollecteur R. zu G. bezogenes $^1/_4$ Loos Nr. 5896 gespielt. Auf dieses Loos war in der V. Klasse am 25. Juli 1842 der Gewinn von 10,000 Thlr., mithin zu $^1/_4$ 2500 Thlr. gefallen.

Der Collecteur R. hatte, ohne den L. von dem Gewinn zu benachrichtigen, am 27. Juli 1842 bei der Lotteriehauptexpedition in W. 1919 Thlr. erhoben, dem L. aber mehr nicht als 588 Thlr. 4 Gr. 2 Pf. ausgehändigt unter dem Vorgeben, dieser Gewinn sei auf den Antheil des L. an einem sog. Compagnieloos Nr. 6605 gefallen und das $^1/_4$ Loos Nr. 5896 habe nur 34 Thlr. gewonnen. L. hatte, nachdem er Kenntnis von diesem betrügerischen Vorgeben erlangt, am 9. und 15. Aug. 1842 sowohl bei der Lotteriehauptexpedition in W. als auch bei der Lotterie-Direction gegen die Auszahlung des Gewinnbetrags an R. protestirt, weil er gegen denselben bereits Klage auf vollständige Gewährung des Gewinns erhoben habe, und die Lotterie-Direction mit der Regreßklage bedroht, wenn ihm diese nicht zu seinem Gewinn verhelfe. Von Seiten der Lotterie-Direction war am 17. Aug. die Antwort ertheilt worden, daß der fragliche Gewinn bereits am 27. Juli 1842 an R. gegen Rückgabe des Originalloses Nr. 5896 ausgehändigt worden sei, wozu die Lotteriehauptexpedition vollkommen befugt gewesen. — Auf die von L. gegen R. im Aug. 1842 er-

hobene Klage wegen vollständiger Abgewährung des qu. Gewinns war der Beklagte hierzu auch rechtskräftig verurtheilt worden, in der Executionsinstanz hatte sich aber ergeben, daß sein Vermögen überschuldet war, und es verlangte nunmehr L. von der Lotterie-Direction desfallsige Schadloshaltung, weil derselben grobe Fahrlässigkeit*) bei dem fraglichen Lotteriespiel zur Last falle — sie auch die Lotterie-Hauptexpedition in W., welcher ebenfalls grobe Fahrlässigkeit beizumessen sei, zu vertreten habe.

Diese Klage wurde in allen Instanzen angebrachtermaßen abgewiesen, in dem OAGerichtserkenntnis vom 23. Mai 1848 aus folgenden Gründen:

„Die vorliegende Klage ist eine Entschädigungsklage. Auf den Lotterievertrag selbst ist sie nicht gegründet worden, weil in §§. 7. 8. 9 des Lotterieplans die Auszahlung des Gewinnes nur dem Inhaber des Originallooses versprochen ist, die Direction die Verpflichtung dazu nur auf Production des Looses übernommen hat, und Kläger geständlich das Originalloos nicht mehr besitzt. Die Entschädigungsklage stützt sich auf culpose und betrügerische Handlungen des Collecteurs R., der Lotterie-Hauptexpedition, für deren Handlungen und den daraus erwachsenden Schaden eine Haftpflicht der Direction behauptet wird, sowie auf culpose und dolose Handlungen der beklagten Direction selbst.

„Insoweit eine culpa der Direction selbst in der Annahme des R. als Hauptcollecteur ohne alle Caution und in der demselben bewilligten Stundung des Betrags von 676 Thlrn. rückständige Looskaufgelder bis zum 26. Juli 1842 gefunden wird, so ist solche zur Begründung der Klage nicht geeignet, weil es lediglich Sache der Direction ist, in wiefern sie sich von ihrem Collecteur Sicherheit bestellen lassen will oder nicht, daher ein Dritter weder aus der geschehenen noch aus der unterlassenen Sicherheitsbestellung Ansprüche gegen die Direction abzuleiten befugt ist.

„Der von dem Collecteur R. dem Kläger nach dessen Behauptung dadurch gespielte Betrug, daß R. am 27. Juli 1842 den auf das vom Kläger zu 1/4 gespielte Loos Nr. 5896 mit 10,000 gefallenen Gewinn zu diesem Viertel erhoben und am 28. Juli unter dem Vorgeben, daß der Gewinn dieses Looses 34 Thlr. betrage und ein weiterer Gewinn auf einen Antheil Klägers an einem Compagnieloose gekommen sei, nur 588 Thlr. dem Kläger ausgezahlt, sein Loos dadurch betrüglich an sich gebracht und den dem

*) Dieselbe sollte darin bestehen, a) daß die Direction den R., einen unvermögenden Landmann, zum Hauptcollecteur bestellt und ihm bis zum 26. Juli 1842 ohne alle Caution den Betrag von 676 Thlr. für Looseinlagen gestundet habe, welche 676 Thlr. an jenen 1919 Thlrn. in Aufrechnung gebracht worden waren; b) daß die Direction gegen die Vorschrift im §. 8 des Lotterieplans die Auszahlung des auf das 1/4 Loos Nr. 5896 gefallenen Gewinns schon am 27. Juli 1842 ohne Klägers Vollmacht und ohne vorherige Ausantwortung des Originallooses durch die Lotterie-Expedition an den Collecteur R. genehmigt habe. — Das qu. Originalloos, welches derselbe sich durch das oben bemerkte betrügerische Vorgeben von L. verschafft gehabt hatte, war am 28. Juli 1842 der Lotterie-Hauptexpedition durch R. überliefert worden.

Digitized by Google

Kläger gebührenden Gewinn behalten habe, kann weder nach den Grundsätzen von der Haftpflicht des exercitor und Principals aus den Handlungen des magister navis und institor, noch nach denen des Auftrags zu einer Verpflichtung der Lotteriedirection, für den Betrug des Collecteurs einzustehen, führen. Betrachtet man das Verhältnis der Lotteriedirection zu dem Collecteur und das beider zu dritten Personen nach den Grundsätzen der exercitoria und institoria actio, so kommt es hinsichtlich der Verbindlichkeit des Principals aus unerlaubten Handlungen des factor darauf an, ob die Widerrechtlichkeit beim Abschluß des Contracts, bei der Erfüllung des Contracts oder unabhängig vom Contract geschah. Thöl, Handelsrecht §. 33 S. 122 ff. der 2. Ausgabe.

„Bei dem Handeln des factor gegen die Vollmacht, wenn der Dritte wichtige Gründe hatte, den Contract der Vollmacht entsprechend zu halten, haftet der Principal, da er selbst als Contrahent angesehen wird, und auf das Widerrechtliche als solches kommt nichts an. Eine unrechtlicher Weise von Seiten des als Mittelsperson zur Erfüllung eines Contracts gebrauchten Factors nicht gehörig bewirkte Erfüllung eines Contracts kann den Principal nur nach den Grundsätzen über Zuziehung von Mittelspersonen verpflichten, so daß die Eigenschaft als institor hier gar nicht weiter in Betracht kommt. Die Haftung des Principals, der sich einer Mittelsperson zur Erfüllung eines Contracts bedient, für die von dieser Mittelsperson dabei begangene Widerrechtlichkeit, kann aber nur lediglich darauf beruhen, daß er in der Auswahl der Mittelsperson nicht vorsichtig zu Werke gegangen ist, daß er einen untreuen und unzuverlässigen Menschen als Mittelsperson erwählt hat: L. 24 §. 7. L. 41 D. XIX 2. L. 10 §. 1. L. 11 D. XIII 6. L. 20 §. 2 D. XIX 5. Hasse, die culpa des römischen Rechts S. 538 ff.; wobei freilich auch die Vermuthung gegen ihn spricht, daß derjenige, der sich schlecht aufführte, auch schlecht gewählt worden sei, Hasse a. a. O. S. 545.

„Die auf die Haftpflicht des Principals für unerlaubte Handlungen des institor bezüglichen Stellen: L. 5. §§. 8. 9 D. XIV 3. L. 5 §. 3 D XLIV 4, sind aus dem angedeuteten allgemeinen Gesichtspunkte zu verstehen, Thöl, a. a. O. S. 123 Not. 4.

„Der von R. als Collecteur begangene dolus ist aber weder eine bei dem Abschluß, noch bei der Erfüllung des Contracts verübte Widerrechtlichkeit, sondern eine unabhängig vom Contract begangene, wofür die Lotteriedirection nicht einzustehen hat. Für solche unabhängig vom Contracte und dessen Erfüllung vom institor begangene Widerrechtlichkeiten haftet der Principal nicht, wenn auch das Verhältnis des institor dazu die Gelegenheit gab. L. 7 pr. D. IV 9. Unter den nautae, für deren Handlungen der exercitor haftet, ist auch der magister navis mit begriffen: L. 1 §. 2 D. IV 9; und was vom magister navis gilt, hat aus gleichem Grunde auch auf den institor Anwendung. Thöl, Handelsrecht S. 124 Not. 5 der 2. Ausg. Hätte die Lotteriedirection dem Collecteur R., in dessen Collecte der Gewinn auf Nr. 5896 gefallen war, das Geld übergeben, um es dem Kläger nach vorgängiger Production des Originallooses auszuzahlen und R. dasselbe unterschlagen, so würde die Lotteriedirection sowohl nach den oben entwickelten Grundsätzen als nach §. 8 des Lotterieplans dafür einstehen und dem Kläger gegen Zurückgabe des Originallooses den Gewinn bezahlen müssen, weil sie der Vorwurf mit Grund treffen würde, einen untreuen und unzuverlässigen Mann als Mittelsperson für Erfüllung des Contracts gewählt zu haben.

Digitized by Google

„Die Direction hat aber dem Collecteur R. auf Vorlegung des Originallooses bereits am 27. Juli 1842 den darauf gefallenen Gewinn ausgezahlt; sie war dazu nach §. 9 des Lotterieplans befugt, ohne sich darum bekümmern zu müssen, ob R. auf rechtliche oder unrechtliche Weise in den Besitz des fraglichen Looses gekommen war, und die Auszahlung an den Loosinhaber befreite sie von der Verbindlichkeit, da vor der Auszahlung ein Anspruch des Klägers auf das fragliche Loos noch nicht angemeldet und ein Antrag auf Inhibition der Gewinngelder noch nicht gestellt worden war. Es concurrirt aber dabei noch eine eigene culpa des Klägers, die darin bestand, daß er, statt sich selbst durch Einsicht der Liste über die herausgekommenen Gewinne zu vergewissern und das Originalloos nur gegen den dort verzeichneten Gewinn herauszugeben, sich auf die Angabe des Collecteurs über das Resultat der Ziehung, welches den Spielern mitzutheilen nicht in seinem Geschäfte lag, ohne Weiteres verließ und das Originalloos auslieferte.

„Auch die Anwendung der Grundsätze von der Vollmacht auf das Verhältnis der Lotteriedirection und des Collecteurs zu dritten Personen führt zu keinem andern Ergebnisse, weil nach den eigenen Behauptungen des Klägers der Collecteur zu den Handlungen, durch welche dem Kläger der Schaden zugefügt worden sein soll, durch die Vollmacht der Lotteriedirection nicht autorisirt war, vielmehr diese Handlungen in einem bloß persönlichen Verhältnisse des Klägers und Collecteurs ihren Grund hatten.

„Hiernächst stützt Kläger seine Klage auf Handlungen der von der Lotteriedirection zu vertretenden Lotterie-Hauptexpedition, nemlich darauf, daß letztere gegen den Lotterieplan dadurch verstoßen habe, daß sie ohne Klägers Vollmacht dem Collecteur R., ohne daß dieser das Originalloos in Händen gehabt und zurückgegeben habe, den auf das fragliche Loos gefallenen Gewinn ausgezahlt habe. Die Lotterie-Hauptexpedition hat aber dadurch weder gegen den Lotterieplan verstoßen, noch dem Kläger einen Schaden zugefügt. Ein Verstoß der Lotterie-Hauptexpedition gegen den Lotterieplan liegt nicht vor: denn nach §. 8 des in den Beiacten befindlichen Lotterieplans hat ein Gewinner, welcher den auf sein Loos gefallenen Gewinn binnen 8 Tagen nach dem Zahlungstermine diesen nicht mit eingerechnet von dem Collecteur nicht erhalten kann, seine diesfallsige Beschwerde unter Beifügung des Originallooses bei der Lotterie-Hauptexpedition binnen der vorgeschriebenen Zeit, d. h. bei den ersten 4 Classen binnen der auf den Ziehungstag, diesen nicht mit eingerechnet, folgenden 6 Wochen, in der 5. binnen der auf den letzten Ziehungstag folgenden 8 Wochen portofrei schriftlich einzusenden. Die bei einer solchen Beschwerde in dem Plane für nothwendig erklärte Beifügung des Originalloses von Seiten des sich beschwerenden Gewinners ergibt mit Nothwendigkeit, daß die Lotterie-Hauptexpedition dem Hauptcollecteur die in seine Collecte gefallenen Gewinne, um solche an die Gewinner auszuzahlen, auch ohne daß der Collecteur die Loose in den Händen hat, auszuliefern befugt ist, weil, wenn die Lotterie-Hauptexpedition dem Hauptcollecteur die in seine Collecte gefallenen Gewinne zur Auszahlung an die Gewinner nur gegen Ablieferung des Originallooses verabfolgen würde, die Bedingung, von welcher der Erfolg der Beschwerde für den Fall, wenn der Gewinner den Gewinn von dem Hauptcollecteur nicht erhalten könnte, abhängig gemacht ist, nemlich die Bedingung der Beifügung des Originallooses bei der erhobenen Beschwerde, nicht erfüllt werden konnte. Kläger hat aber

Digitized by Google

auch durch die Auszahlung des Gewinnes an den Collecteur R. von Seiten der Lotterie-Hauptexpedition keinen Schaden erlitten, dessen Ersatz er zu beanspruchen hätte. Denn diesen Schaden hat er, wie bereits erwähnt worden ist, lediglich durch seine eigene Schuld erlitten, dadurch daß er, statt die Ziehungsliste einzusehen und sich von dem auf sein Loos gefallenen Gewinn zu vergewissern, der Angabe des Collecteur R. über den auf das fragliche Loos gefallenen geringeren Gewinn und den auf ein vom Kläger gespieltes Compagnieloos gefallenen größeren Gewinn ohne weiteres traute und solchem hierauf das Originalloos verabfolgte.

„Daß, wenn Kläger das Originalloos an R. nicht verabfolgt hätte, selbst im Falle der Unterschlagung des dem Collecteur von der Lotterie-Hauptexpedition ausbezahlten Gewinnstes durch den Collecteur die Lotteriedirection dem Kläger doch des Gewinnstes halber hätte gerecht werden müssen, sowohl nach den Grundsätzen des römischen Rechts, als nach §. 8 des Lotterieplans, ist bereits oben gezeigt worden."

Über den Einfluß ungewöhnlicher Naturereignisse auf vertragsmäßige Leistungen bei erpachteten Feldgrundstücken.

Vom Herausgeber.

In einer Rechtssache des Traugott R. zu A. gegen Franz J. das., Ansprüche aus einem Pachtvertrage über Feldgrundstücke betr., verlangte der Kläger R. von dem Beklagten J. u. A. auch 60 Thlr. Entschädigung dafür, daß von den verpachteten, im Jahr 1837 mit Kopfklee bestandenen Grundstücken Nr. 1556. 1261. 1262, zusammen 3 Acker enthaltend, welche beim Ende der Pachtzeit zu Johannis 1843 mit Kopfklee bestanden hätten zurückgegeben werden müssen, aber mit dergleichen Klee bestanden in der That nicht zurückgewährt worden wären, 20 Thlr. pro Acker Entschädigung. Beklagter gestand zu, daß diese Äcker mit Kopfklee bei der Übergabe nicht bestanden gewesen seien, leugnete jedoch, daß er sie mit Kopfklee bestanden habe zurückgeben müssen, und erläuterte dies in einer Anmerkung dahin, daß er sie nur mit Kopfklee angesäet zurückzugeben verbunden gewesen sei. Er leugnete ferner, daß sie im Jahre 1843 mit Kopfklee nicht bestanden gewesen wären, und bestritt den vom Kläger behaupteten Werth des Kopfklees, behauptete auch in der Einredeschrift weiter, auf die fraglichen Äcker 14—15 Pfund Kopfklee zur gehörigen Zeit ausgesäet zu haben, welche Behauptung Kläger in der Replik mit Nichtwissen beantwortete. Über dieses Aussäen trug Beklagter dem Kläger den Eid an, welchen dieser annahm. Weiter hatte Beklagter behauptet,

Digitized by Google

der von ihm eingesäete Klee sei wegen der beispiellosen Trockenheit des Jahres 1842 nicht aufgegangen, welchen Umstand Kläger wieder in Abrede stellte. Sachverständige bestätigten mit voller Bestimmtheit, daß in der ganzen Flur von A. in Folge der Trockenheit des Sommers 1842 zu rechter Zeit ausgesäeter Kopfklee nicht aufgegangen sei.

Es wurde daher jene Einrede für begründet, der desfallsige Beweis für erbracht angesehen und die Klage in so weit abgewiesen. In den Gründen des OAGUrtheils vom 27. Novbr. 1851 ist hierüber Folgendes deducirt:

„Nach dem Pachtcontract war Beklagter verbunden, diejenigen Grundstücke, welche unter dem Pfluge sich befanden, in derselben Beschaffenheit wieder zurückzugeben. Es kann im vorliegenden Falle zunächst keinem Zweifel unterworfen sein, daß der in der Anfuge A. zum Pachtbrief gebrauchte Ausdruck „mit Kopfklee bestanden" für die Zeit der Übergabe seitens des Verpachters so aufzufassen ist, wie Kläger will, keineswegs aber kann nach dem §. III des Pachtcontracts für den Pachter hinsichtlich der Rückgabe dieser Grundstücke dasselbe darunter verstanden werden, wenn demselben nicht unter Umständen geradezu eine Unmöglichkeit zugemuthet werden soll. Für die Rückgabe kann vernünftiger Weise darunter nichts anderes verstanden werden, als daß der Pachter, wenn im letzten Jahre seiner Pachtung der Kopfklee auf den fraglichen Äckern ausgegangen ist, dafür Sorge trägt, daß die Äcker im nächstfolgenden Jahre der Rückgabe mit Klee bestanden seien. Insofern muß daher allerdings dem Kläger beigestimmt werden, daß es Pflicht des Beklagten gewesen ist, zur rechten Zeit den gehörigen Samen auszusäen und es würde daher zunächst, da Kläger die vom Beklagten behauptete Vornahme des Aussäens in Abrede gestellt hat, und Beklagter über dieses Aussäen von seiner Seite dem Kläger den Eid angetragen und dieser ihn acceptirt hat, auf Ableistung dieses Eides erkannt werden müssen.

„Beklagter hat aber im Gegenbeweis erwiesen, daß, wenn er auch Kopfklee zur rechten Zeit eingesäet hätte, dennoch keiner aufgegangen sein würde, da in der ganzen Flur von A. wegen der Trockenheit des Jahres 1842 kein Kopfklee aufgegangen sei, wie Zeugen und Sachverständige in genügender Weise bestätigt haben. Es steht hiernach also fest, daß Einsäen und Nichteinsäen denselben Effect gehabt hätten, oder mit andern Worten, daß die vom Kläger behauptete Unterlassung des Beklagten im concreten Falle ohne rechtliches Interesse für den Kläger gewesen sei, indem den Kläger, auch wenn Beklagter Kopfklee zu rechter Zeit eingesäet hätte, dennoch derselbe Schaden getroffen haben würde, resp. durch das Einsäen des Beklagten der den Kläger treffende Schaden nicht habe vermieden werden können. In diesem Falle kann aber theils der Natur der Sache gemäß, theils aber nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze ein Schadensanspruch nicht erhoben werden. L. 27 §. 2 D. de R. V. (6, 1). L. 10 §. 1 D. de leg. Rhod. (14, 2). L. 8 §. 6 D. mandat. (17, 1) ꝛc.

Digitized by Google

Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts in Strafsachen.

Vom Herausgeber.

CCCLV.

Zu Art. 275 Abs. 2 d. StGBuchs.

Gegen den Holzhauer A. aus E. war nach Art. 275. 23 wegen Versuchs der Beeinträchtigung fremder Jagd und wegen Widersetzlichkeit nach Art. 275 d. StGB. Anklage erhoben worden, weil er am 5. Nov. 1863 mit einem unter seinem Kittel versteckten, zwar auseinander geschraubten aber geladenen und sonst schußfertigen Gewehr in der herrschaftlichen Waldung von dem Forstgehülfen St. betroffen worden war und auf dessen Aufforderung sich nicht allein geweigert hatte, das Gewehr abzugeben, sondern auch, als derselbe ihn hatte visitiren wollen, mit dem entblößten Messer um sich vagirt und als St. nach dem Gewehr gegriffen, eine Bewegung gemacht hatte, wie wenn er ihn stechen wolle.

Nach stattgefundener Hauptverhandlung erkannte das ꝛc. Kreisgericht zu E. den Angekl. beider angeklagten Verbrechen für schuldig und verurtheilte ihn wegen der Widersetzlichkeit zu 3 Monaten Gefängnis nach Art. 275 al. 1 d. StGBuchs, wobei in den Gründen bemerkt wurde, daß man für die Anwendbarkeit des Art. 275 al. 2 ausreichende thatsächliche Unterlagen nicht habe finden können.

Auf die von der ꝛc. Staatsanwaltschaft zugleich aus dem Nichtigkeitsgrund des Art. 306 Ziff. 6 eingewendete Appellation verurtheilte das ꝛc. Appellationsgericht zu E. den Angekl. nach Art. 275 al. 2 des StGBuchs zu 1 Jahr Arbeitshaus ꝛc. und sprach in den Gründen aus, daß in der Handlungsweise des Angekl. namentlich in dem Stechen und Herumfahren mit dem Messer ein Ausstoßen von lebensgefährlichen Drohungen gegen den Jagdaufsichtsbeamten im Sinne des al. 2 des Art. 275 zu erblicken sei ꝛc.

Die nunmehr von dem Angekl. gegen dieses Erkenntnis nach Art. 306 Ziff. 6 d. StGBuchs eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch OAGUrtheil vom 29. Juni 1864 (Nr. 119) verworfen worden mit Beifügung folgender Gründe:

„Unter dem Ausstoßen von lebensgefährlichen Drohungen in Abs. 2 des Art. 275 d. StGBuchs ist, wenn auch nicht direct den Worten, doch jedenfalls dem Sinne nach (Art. 1 d. StGBuchs) gewiß auch die Verübung von Handlungen oder Demonstrationen, durch welche jemand mit lebensgefährlichen Nachtheilen bedroht werden soll, zu verstehen, und es läßt sich kein

Digitized by Google

Grund denken, weshalb das Ausstoßen von wörtlichen Drohungen anders und härter bestraft werden soll, als das oft weit gefährlichere Kundgeben von realen Drohungen. Daß aus wörtlichen Drohungen die Absicht des Drohenden bestimmter erkannt werden könne, als aus thätlichen Drohungen, läßt sich im Allgemeinen nicht behaupten und kann nur als quaestio facti in jedem einzelnen Falle betrachtet werden. Das Urtheil voriger Instanz hat mithin das angewendete Gesetz nicht unrichtig ausgelegt."

CCCLVI.

Zu Art. 100 des StGBuchs u. §. 18 der (Weimar.) Verordn. vom 1. Decbr. 1847 über die Errichtung eines Gensdarmeriecorps ꝛc.

In der Nacht des 10/11. Sept. 1863 traf der in T. zum Polizeidienst stationirte Gensdarme Sch. vier Männer vor einem Hause stehend an, trat an sie heran und rief: „Wer da." Einer derselben, der Gerbermeister R. von da, antwortete: „Ich bin's, Rödel. Sie sind der Gensdarme, scheeren Sie sich nach Hause." Dabei erhielt der Gensdarme Sch. von R. mit der Hand einen Stoß vor die Brust, was ersteren veranlaßte, nach seinem Seitengewehr zu greifen und dem R. mit den Worten, „Sie sind mein Arrestant," die Arretur anzukündigen. Sch. machte auch alsbald Anstalt, die Arretur zu vollziehen und versuchte, den R. zu ergreifen. Dieser wich jedoch zurück, hielt einen Stock vor und ließ den Gensdarmen nicht an sich kommen, indem er immer zurückging und durch Vorhalten des Stocks den auf ihn eindringenden Gensdarmen von sich abwehrte.

Auf die dieserhalb gegen ihn erhobene Anklage wegen Widersetzung gegen die öffentliche Autorität wurde der Angekl. von dem ꝛc. Kreisgericht zu W. nach Art. 100 d. StGBuchs in Berücksichtigung von Milderungsgründen zu einem Verweise ꝛc. verurtheilt.

Er appellirte dagegen zugleich aus dem Nichtigkeitsgrund des Art. 306 Ziff. 5 u. 6 d. StPOrdn., das ꝛc. Appellationsgericht zu E. bestätigte aber das Kreisgerichtserkenntnis. Die dagegen mit Wiederholung dieser Gründe eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch OAGUrtheil vom 17. Aug. 1864 (Nr. 165) als unbegründet verworfen und zur Widerlegung der Deductionen des Angekl. Folgendes bemerkt worden:

„Nach Art. 100 des StGBuchs ist zum Thatbestand des Vergehens der Widersetzung gegen die öffentliche Autorität nicht nothwendig, daß die Handlung, deren Vollziehung der Widerstand entgegengesetzt wurde, von der Behörde speciell angeordnet war, sondern es genügt, wenn die Person, welche den Widerstand erfuhr, zu Vollziehung der fraglichen Handlung im Allgemeinen oder im einzelnen Falle beauftragt war.

„Nun hat das kreisgerichtliche Straferkenntnis den fraglichen, dem Gensdarmen Sch. bei der von ihm beabsichtigten Arretur des Angeklagten von letzterem entgegengesetzten Widerstand dem angeführten Art. 100 unterzogen,

Digitized by Google

und zu Rechtfertigung dessen rücksichtlich der Stellung des Gensdarmen zum Publicum den §. 18 der Verordnung vom 1. December 1847 als maßgebend erklärt, wonach jedermann den Aufforderungen und Anordnungen, selbst den Arrestankündigungen der in Ausübung ihres Dienstes begriffenen Gensdarmen sofort und unbedingt Folge zu leisten hat, und die Gensdarmen in dieser Hinsicht, und was die ihnen bei Polizeidienstverrichtungen widerfahrene Widersetzlichkeit oder Beleidigung anlangt, unter dem Schutze der einschlagenden Strafgesetze stehen.

„Wenn hiernach selbstverständlich das Kreisgericht den Gensdarmen Sch. als eine zur Ankündigung, und folgeweise auch zur Vollziehung der Arretur des Angeklagten im Allgemeinen beauftragte Person ansah, so läßt sich nicht behaupten, daß dasselbe, indem es den Thatbestand des Vergehens gegen Art. 100 des StGBuchs als vorhanden annahm, dabei von einer unrichtigen Gesetzesauslegung ausgegangen sei.

„Die Frage, ob ein solcher Auftrag vorliege, ist Gegenstand thatsächlicher Feststellung. Allerdings muß dabei feststehen, daß der Auftrag von einer öffentlichen Behörde ertheilt ist; an diesem Erfordernisse fehlt es aber in vorliegendem Falle nicht.

„Denn der Gensdarm Sch. erhielt, wie dieses im Straferkenntnisse durch die Beziehung auf seine amtliche Stellung im Allgemeinen genügend ausgedrückt ist, durch seine Anstellung als Gensdarm alle diejenigen Ermächtigungen und Aufträge, mit welchen die Gensdarmen nach den Gesetzen und insbesondere nach der Verordnung vom 1. Decbr. 1847, welche letztere durch das revidirte Grundgesetz vom 15. October 1850 §. 4 alin. 6 ihre Gültigkeit in keiner Weise verloren hat, im Allgemeinen betraut sind; und da seine Anstellung von der öffentlichen Behörde ausgegangen ist, so ist ihm auch von dieser der fragliche Auftrag ertheilt worden; wie denn auch bereits in den Entscheidungsgründen voriger Instanz richtig hervorgehoben ist, daß das neue Strafgesetzbuch vom Jahr 1850 gerade durch die ausdrückliche Benennung der „„im Allgemeinen beauftragten Personen"" die zu Vollziehung obrigkeitlicher Anordnungen im Allgemeinen beauftragten und angestellten Personen als Gensdarmen, Polizeiofficianten, Nachtwächter und dergleichen unter den Schutz dieses Gesetzes hat stellen wollen.

„Ist aber hiernach der Art. 100 des StGBuchs das richtige Strafgesetz für vorliegende That, so liegt weder der 5. noch der 6. Nichtigkeitsgrund des Art. 306 der StPOrdn. vor."

CCCLVII.

Zu Art. 306 Ziff. 2 und Art. 207 Ziff. 2 der Reußisch. StPOrdn.

Der Rittergutsbesitzer W. von C. machte am 18. Nov. 1863 bei dem rc. Justizamt zu G. die Anzeige, der Gutsbesitzer G. zu B. habe ihm mehrmals von einem Feldrande Gras wegmachen und fortschaffen lassen, mithin unzweifelhaft in seinen Nutzen verwendet; auch habe derselbe einen Grenzstein zwischen den beiderseitigen Feldern, welcher seither eine liegende Stellung gehabt, eigenmächtig aufgerichtet, kurz darauf aber denselben wieder in seine liegende Stellung gebracht, auch einen Graben gehoben und kurz darauf wieder zugemacht. Wegen die-

Digitized by Google

fer verschiedenen Eigenthumsbeeinträchtigungen beantragte W. gebührende Bestrafung des G.

Das Justizamt zu G. legte diese Anzeige der Fürstl. (Reuß.) Staatsanwaltschaft vor und letztere beantragte zuvörderst die Vernehmung des G. über diese Denunciation. Bei dieser Vernehmung erklärte G., wegen des von seinen Leuten geschehenen Abgrasens sei schon eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet gewesen, aber wieder eingestellt worden; ferner: sein Tagelöhner habe ohne seine Veranlassung den eingesunkenen Grenzstein aufgerichtet, dann aber auf sein Geheiß auch wieder in die frühere Lage gebracht. Auf diese Vernehmung beantragte die ꝛc. Staatsanwaltschaft die Anberaumung einer Hauptverhandlung, ohne jedoch das Verbrechen, dessen G. beschuldigt werde, zu benennen oder das anzuwendende Strafgesetz zu bezeichnen. Das Justizamt anberaumte hierauf auch einen Termin zur Hauptverhandlung und zwar, wie in der Ladung bemerkt war, wegen einer Grenzsteinversetzung. Zu dieser Hauptverhandlung war auf Antrag der ꝛc. Staatsanwaltschaft außer dem Angeschuldigten auch der Denunciant W. als Zeuge mit einigen anderen Zeugen vorgeladen worden. In dem über die Hauptverhandlung aufgenommenen Protokoll ist die Anwesenheit des Staatsanwalts bemerkt, auch hat derselbe im Verlauf dieser Verhandlung eine Erklärung wegen Beeidigung der Zeugen abgegeben; hinsichtlich des Denuncianten W. ist im Protokoll bemerkt, der Zeuge Rittergutsbesitzer W. sei nicht erschienen. Die Beweisaufnahme bei dieser Hauptverhandlung erstreckte sich sowohl auf die angebliche Grasentwendung als auch auf das Aufheben des Grenzsteins und das Heben des Grabens. Am Schluß dieser Hauptverhandlung sprach das ꝛc. Justizamt den Angeschuldigten frei, wegen des Grasabmachens deshalb, weil die schon früher deshalb eingeleitete Untersuchung eingestellt worden sei; wegen des Grenzsteins u. Hebens des Grabens im Mangel Beweises.

Gegen dieses Erkenntnis appellirte der Rittergutsbesitzer W., weil ihn dasselbe seinem ganzen Inhalt nach beschwere, namentlich aber wegen Freisprechung des Angekl. In der Ausführung wurde wegen des Grasabmachens auf Art. 281 und wegen des Grenzsteins auf Art. 277 d. StGBuchs hingewiesen, nach welchen der Angekl. G. zu bestrafen gewesen sei ꝛc.

Auf diese Appellation legte das Justizamt die Acten dem ꝛc. Kreisgericht zu Gera vor, wobei der Staatsanwalt zu demselben bemerkte: gegen G. sei eine Untersuchung wegen Grenzsteinverrückung bei dem Justizamt nicht eingeleitet worden und habe nicht eingeleitet werden können, weil derartige Vergehen zur Competenz des Einzelrichters

Digitized by Google

nicht gehörten. Der Staatsanwalt beantragte zugleich nach Art. 318 die Zurückweisung der von W. unstatthafter Weise eingewendeten Appellation. Das Kreisgericht anberaumte aber Termin zur Hauptverhandlung über dieselbe und lud hiezu sowohl den W. als den G. vor, benachrichtigte auch die ꝛc. Staatsanwaltschaft von dem anberaumten Termin. In demselben erschien der Staatsanwalt, der Appellant W. durch einen bevollmächtigten Anwalt, der Appellat G. fand sich erst nach geschlossener Verhandlung bei Publication des Urtheils ein, welches nach geschlossener Verhandlung von dem ꝛc. Kreisgericht dahin ertheilt wurde: es sei das angefochtene Justizamtserkenntnis in Betreff der miterkannten Freisprechung von der Anklage wegen Verletzung von Grenzzeichen als nichtig wieder aufzuheben, weil das Justizamt hiezu nicht competent gewesen sei, im übrigen sei das Justizamts-Erkenntnis zu bestätigen.

Gegen dieses Urtheil wendete die ꝛc. Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde ein nach Art. 306 Ziff. 2 u. Art. 207 Ziff. 2 d. StPO., weil der genannte W. ganz unberechtigter Weise gegen den Justizamtsbescheid Appellation aus Nichtigkeitsgründen eingewendet gehabt habe, während nur der Staatsanwalt und der Angekl. G. zu einem Rechtsmittel gegen diesen Bescheid berechtigt gewesen sei, was näher ausgeführt wird.

Auf diese Nichtigkeitsbeschwerde hat das hiesige OAGericht durch Urtheil vom 26. October 1864 (Nr. 198) erkannt: es sei das in der Appellationsinstanz ergangene Kreisgerichtserkenntnis vom 6. Juli d. J. als nichtig wieder aufzuheben und die Sache zur nochmaligen Entscheidung über die eingewendete Appellation an das Fürstl. Kreisgericht Gera zurückzuweisen, in Erwägung folgender Gründe:

„1) Fürstliche Staatsanwaltschaft hat zwar bei Einwendung der Nichtigkeitsbeschwerde den Nichtigkeitsgrund nicht materiell, sondern nur durch Anziehung der betreffenden Nummer des Art. 306 der StPOrdn. angegeben; da jedoch im vorliegenden Falle der Sinn und die Meinung der Staatsanwaltschaft auch durch die bloße Anziehung der Nummer des betreffenden Gesetzesartikels sofort klar zu erkennen ist, so war der Nichtigkeitsgrund als zur Genüge angegeben zu betrachten.

„2) Da die Nichtigkeitsbeschwerde bloß auf den Nichtigkeitsgrund Nr. 2 des Art. 306 der StPOrdn., mithin nur darauf, daß ein Privatankläger an der Stelle des Staatsanwalts aufgetreten sei, wo nur letzterer hätte auftreten können, gestützt ist, so fällt sie zunächst unter Nr. 3 des Art. 332 der StPOrdn., indem dieser Grund erst in der Appellationsinstanz durch das Auftreten des W. neu eingetreten ist.

„3) Der Nichtigkeitsgrund Nr. 2 des Art. 306 (resp. 207) d. StPO. betrifft zunächst den Fall, daß in der ersten Instanz ein unrichtiger Ankläger aufgetreten ist; nach Art. 332 Nr. 3 der StPOrd. muß derselbe jedoch auch auf den Fall erstreckt werden, daß erst in der Appellationsinstanz der Fall des Eintretens eines unberechtigten Anklägers eintreten sollte.

Digitized by Google

„4) Im Verfahren erster Instanz war W., da es sich ohnehin nach der Denunciation nur um Grasentwendung — Art. 216 des StGBuchs vergl. mit Gesetz vom 14. April 1852 — nicht aber um Eigenthumsbeschädigung aus Rache, Bosheit oder Muthwillen (Art. 281) sowie um Grenzsteinverletzung (Art. 277 des StGBuchs) handeln konnte, bei welchen beiden von Amtswegen zu bestrafenden Delicten ein Privatankläger gar nicht vorkommen kann, nirgends als Privatankläger aufgetreten, sondern nur als Denunciant, denn die Vernehmung des Angeklagten und die Anbeziehung und Abhaltung eines Hauptverhandlungstermins waren auf Betrieb der Fürstlichen Staatsanwaltschaft erfolgt, W. war zum Hauptverhandlungstermin nur als Zeuge vorgeladen, im Protokoll des Hauptverhandlungstermins war seiner nur als Zeugen gedacht, ungeachtet seines Nichterscheinens ging die Hauptverhandlung vor sich, da doch, wäre W. als Privatankläger anzusehen gewesen, sein Nichterscheinen als ein Verzicht auf die Anklage hätte angesehen werden müssen — Art. 221 der StPOrdn. War sonach W nicht Privatankläger, so konnte er auch nicht als solcher mit einer Appellation gegen das erstinstanzliche Erkenntnis auftreten, da ihm nach Art. 318 der StPOrdn. eine Appellation nur dann zugestanden hätte, wenn er Privatankläger gewesen wäre.

„5) Sonach konnte das Fürstl. Kreisgericht auf die von einem Unberechtigten eingewendete Appellation nur rejectorisch verfügen, keineswegs aber über das Materielle derselben weder confirmatorisch noch reformatorisch noch cassatorisch erkennen, namentlich war dasselbe, und wenn auch noch so viele Unregelmäßigkeiten im Verfahren und in der Entscheidung erster Instanz lagen, durch sein Aufsichtsrecht über den Einzelrichter ohne eine gilig eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu einer Annullirung des erstinstanzlichen Erkenntnisses berechtigt, da das Aufsichtsrecht nur zu disciplinarischen Einschreitungen gegen den Einzelrichter, nicht aber zu einem Eingreifen in die Parteirechte berechtigen kann.

„6) Sonach liegt eine in voriger Instanz durch das unberechtigte Eintreten eines vermeintlichen Privatanklägers, wo nur der Staatsanwalt hätte auftreten können, neu eingetretene Nichtigkeit vor, und es muß deshalb nach ausdrücklicher Vorschrift des Art. 333 a. E. der StPOrdn. die Sache an die vorige Instanz zurückgewiesen werden, für welche jedoch nach dem letzten Satze des Art. 313 der StPOrdn. die jetzige Entscheidung maßgebend ist."

CCCLVIII.

Zu Artt. 371. 372. 306 Ziffer 4 der StPOrdn.

Der Webergeselle M. zu H., 19½ Jahr alt, der Stief- und Pflegesohn des Webermeisters Z. von da, hatte bei dem Justizamt zu H. gegen den Webermeister K. das. wegen wörtlicher Ehrenkränkung Klage erhoben. Nachdem in dem hierüber anberaumten Verhandlungstermin der Angeklagte den Inhalt der Klage geleugnet hatte und eine hierüber angegebene Zeugin abgehört worden war, erkannte das Justizamt den Angeklagten der ihm beigemessenen Ehrenkränkung für schuldig und verurtheilte ihn nach Art. 189 des StGBuchs zu 1 Thlr. Geldstrafe ꝛc. Der Angeklagte wendete Appellation dagegen ein u. a., weil An-

Digitized by Google

kläger kein Recht zur Erhebung der Anklage besitze, da er erst 19½ Jahr alt sei, daher entweder unter väterlicher Gewalt oder in Vormundschaft stehe und nach Art. 48 der StPOrdn. durch den Hausvater oder den Vormund in der vorliegenden Sache zu vertreten sei, mithin als Privatankläger nicht auftreten könne. Der vorgenannte Webermeister Z. erklärte darauf vor dem Justizamt zu H.: der Ankläger M. sei der uneheliche Sohn seiner Ehefrau, welchen dieselbe ihm bei der Verheirathung zugebracht und den er als Pflegevater erzogen habe. Die fragliche Anklage seines Stiefsohnes sei mit seiner, Z., Zustimmung und mit seinem Vorwissen erhoben, er vertrete deshalb alle Handlungen dieses seines Stiefsohnes in dieser Sache. Derselbe bemerkte in der Appellationsgegendeduction, er habe seine Anklage auf den ausdrücklichen Wunsch und Befehl seines Vaters erhoben, welcher erklärt habe, daß er sofort seine Erklärung abgeben werde, sobald das Gericht solche verlange.

Das ꝛc. Kreisgericht zu G. erkannte lediglich bestätigend. Die von dem Angeklagten dagegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch OAGUrtheil vom 26. Octob. 1864 (Nr. 199) verworfen worden mit Beifügung folgender Gründe:

„Die erste Beschwerde dieser Instanz, daß gegen die ausdrückliche Gesetzesvorschrift in Artt. 48 u. 371 der StPOrdn. ein unberechtigter unmündiger Ankläger bei dem Einzelrichter und in zweiter Instanz von dem Appellationsrichter zugelassen worden, wird nach der Ausführungsschrift auf den Nichtigkeitsgrund Nr. 3 des Art. 306 der StPOrdn. gestützt, indem im Art. 371 der StPOrdn. vorgeschrieben sei, daß der zur Verfolgung der Beleidigung *Berechtigte* als Ankläger auftreten solle, und in Art. 372 der StPOrdn. für alle vorhergehenden Vorschriften die Strafe der Nichtigkeit angedroht sei. Nun bezieht sich aber die Androhung der Nichtigkeit in Art. 372 nach dessen zweifelloser Fassung lediglich auf die in *diesem* Artikel erwähnten Verfügungen des Gerichts, nicht aber auf die in dem *vorhergehenden* Artikel 371 enthaltenen Vorschriften. Auch ist anzunehmen, daß die im Art. 372 erwähnte Vorladung *beider* Theile auf die gerade im Verfahren aufgetretenen Theile ohne Rücksicht auf ihre Befugnis, vor Gericht zu erscheinen, bezüglich ist, und es kann daher dem Vertheidiger nicht darinnen zugestimmt werden, daß schon hingesehen auf den alleinigen Art. 372 eine Nichtigkeit begründet sei. Dieser Nichtigkeitsgrund kann daher hier nicht Platz greifen.

„Die fernere Beschwerde, daß ungeachtet eines vom Vertheidiger in der Appellationsverhandlung an das Gericht gestellten Antrags auf Abweisung der Anklage wegen mangelnden Klagrechts und mangelnder Vollmacht diesem Antrage nicht gefügt und daher eine Befugnis oder Proceßhandlung gesetzwidrig versagt worden, welche als Mittel der Vertheidigung anzusehen sei, wird auf den Nichtigkeitsgrund Nr. 4 des Art. 306 gestützt; sie findet jedoch ebenfalls nicht statt. Denn unter einem Vertheidigungsmittel im Sinne dieser Gesetzesstelle kann nicht ein auf die bereits vorliegenden Untersuchungsergebnisse gestützter Antrag auf Abweisung der Anklage verstanden werden; es ist

Digitized by Google

vielmehr erforderlich, daß der Antrag die Beibringung neuen, zur Vertheidigung gereichenden Untersuchungsmaterials bezwecke."

CCCLIX.

Zu Art. 70 d. StGBuchs u. Artt. 50 u. 97 al. 4 d. StPOrdn.

Vor dem Fürstl. Kreisgericht zu Schleiz war von der Staatsanwaltschaft — abgesehen von anderen hier nicht in Betracht kommenden Personen — Anklage erhoben worden 1) gegen Kunigunde verehel. L. zu E. wegen Begünstigung mehrerer Diebstähle, welche dem Kammergutspachter F. zu E. von dessen 13jährigem Sohn Richard F. theils auf einfache, theils auf qualificirte Weise zugefügt worden, welche Begünstigung zum Theil vor Ausführung des Diebstahls zugesichert worden — auf Grund der Artt. 36. 213. 216 u. 221 d. StGB.; 2) gegen deren 13jährigen Sohn Carl L. wegen nachfolgender Begünstigung der gedachten Diebstähle — auf Grund derselben Artt. des StGBuchs. Gegen den Dieb selbst hatte der Bestohlene einen Strafantrag nicht gestellt, vielmehr die Untersuchung gegen diesen ausdrücklich deprecirt.

Bei der Hauptverhandlung über diese Anklage war der als Zeuge mitvorgeladene bestohlne F. nicht erschienen. Als deshalb die Vorlesung der von ihm in der Voruntersuchung erstatteten Aussagen erfolgen sollte, legte der Vertheidiger der Angekl. Verwahrung dagegen ein und verlangte mündliche Abhörung des Zeugen und zu dem Ende Vertagung der Hauptverhandlung, weil jene Aussagen unbeeidigt und nicht frei von Widersprüchen und deshalb unglaubwürdig seien. Der Staatsanwalt widersprach dem vorbemerkten Antrag und das Kreisgericht verwarf solchen auf Grund des Art. 222 d. StPOrdn. — Im ferneren Verlauf der Hauptverhandlung beantragte der Vertheidiger die Einstellung der Untersuchung wegen mangelnden Strafantrags und Strafgesetzes gegen die Begünstiger, da gegen den Hauptverbrecher kein Strafantrag gestellt sei — Art. 70 des StGBuchs — und Art. 50 d. StPOrdn. nur von Theilnehmern rede, gegen welche in einem Falle, wie der vorliegende, das Verfahren von Amtswegen eintreten solle, nicht aber von Begünstigern, die hier in Frage stünden. Überall wären die Begünstiger von Urhebern und Theilnehmern streng geschieden (Cap. 5 des Allgem. Theils des StGBuchs — Art. 36 — Art. 258 d. StPOrdn.). Äußersten Falls könne bloß eine Strafe wegen Begünstigung eines Verwandtendiebstahls ausgesprochen werden ꝛc. Die Staatsanwaltschaft vertrat dagegen die Ansicht, daß das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Dieb und Bestohlnen den Begünstigern nicht zu Statten komme, indem es für diese gewöhnliche Diebstähle wären.

Digitized by Google

Das Kreisgericht verwarf darauf den auf Einstellung der Untersuchung gerichteten Antrag, erkannte die verehelichte L. der Begünstigung der von dem jungen Richard F. seinem Vater zugefügten Geldentwendungen im Betrage von 151 Thlr. für schuldig und verurtheilte sie nach Artt. 36. 213 und 216 d. StGB. zu 1jähriger Arbeitshausstrafe; verurtheilte ferner deren Sohn wegen desselben Verbrechens in Betrag von 4 Thlr. zu 6 Tagen Gefängnisstrafe ꝛc.

Gegen dieses Erkenntnis appellirten beide Angeklagte aus folgenden Gründen: 1a) weil überhaupt die Untersuchung gegen sie wegen Begünstigung des von Richard F. verübten Verwandtendiebstahls eingeleitet und fortgesetzt worden, ungeachtet der Beschädigte, F. sen., einen Antrag auf Bestrafung gegen seinen Sohn nicht gestellt gehabt habe, mithin nach Art. 70 d. StGBuchs eine Bestrafung dieses Verbrechens nicht habe eintreten können, indem Art. 50 der StPOrdn. nur gegen die Theilnehmer (Art. 258), nicht gegen die Begünstiger die Fortstellung der Untersuchung in diesem Falle zulasse, mithin der Nichtigkeitsgrund des Art. 207 Ziffer 2 der StPOrdn. vorliege; 1b) weil nicht die Verhandlung wegen Abwesenheit des Zeugen F. sen. ausgesetzt worden; 2a) weil die Fassung des Strafbescheids den im Art. 258 der StPOrdn. aufgestellten Erfordernissen nicht entspreche; 2b) weil die verehelichte L. der Begünstigung eines Verwandtendiebstahls in Höhe von 151 Thlr. für überführt erachtet worden: 3b) weil sie der Bestimmung in Artt. 36 und 229 d. StGBuchs entgegen mit mehr als dem dritten Theil der angedrohten einjährigen Arbeitshausstrafe belegt worden sei; 4) weil überhaupt so wie geschehen erkannt worden.

Das ꝛc. Appellationsgericht zu E. erkannte lediglich bestätigend, dagegen wendeten die Angeklagten Nichtigkeitsbeschwerde ein aus den weiter unten ersichtlichen Gründen, es ist aber dieselbe durch OAGUrtheil vom 26. Octob. 1864 (Nr. 200) verworfen worden, aus folgenden Gründen:

„Von den bereits gegen das erstinstanzliche Erkenntnis erhobenen und jetzt wiederholten Beschwerden geht die erste, gestützt auf den Nichtigkeitsgrund Nr. 2 des Art. 207 d. StPOrdn. (richtiger Nr. 2 des Art. 306) dahin, daß überhaupt wegen Begünstigung eines Verwandtendiebstahls gegen die Angeklagten die Untersuchung eingeleitet und fortgestellt worden, obschon gegen den Dieb selbst im Mangel eines Strafantrags keine Untersuchung vorgekehrt worden.

„Zu Rechtfertigung dieser Beschwerde kann nicht Bezug genommen werden auf Art. 70 d. StGBuchs, wonach bei Verbrechen, welche nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag eines dabei Betheiligten verfolgt worden, die Bestrafung dann wegfällt, wenn der Betheiligte seinen Antrag vor Eröffnung eines Straferkenntnisses zurücknimmt. Diese Vorschrift gilt eben

Digitized by Google

so wie diejenige in der StPOrdn. Art. 97 Abs. 4: daß, wenn mehrere an einem Verbrechen, welches nur auf Antrag eines Betheiligten verfolgt wird, Theil genommen oder dasselbe begünstigt haben, und rücksichtlich des Einen derselben die Einstellung der Untersuchung beantragt oder der Antrag auf Untersuchung ganz zurückgenommen wird, dieses auch zu Gunsten der andern Theilnehmer und Begünstiger wirken soll, nur von dem hier nicht vorliegenden Fall, wo der Antrag vermöge der Natur des Verbrechens erforderlich ist; hier sollen die Mitschuldigen sämtlich insofern gleich gehalten werden, als es nicht in der Willkür des Verletzten stehen soll, den Einen zu verfolgen und den Andern straflos ausgehen zu lassen. Von dem jetzt fraglichen Falle, wo der Strafantrag nur wegen der persönlichen Verhältnisse des Verbrechers zum Verletzten erforderlich ist, handelt vielmehr Art. 50 d. StPOrdn. und bestimmt, daß bei mehreren Theilnehmern an einem Verbrechen, wobei nur rücksichtlich eines oder mehrerer Theilnehmer, nicht aber rücksichtlich aller ein Antrag des Betheiligten auf Untersuchung erforderlich ist, das strafgerichtliche Verfahren von Amtswegen gegen diejenigen, bei welchen kein Antrag erforderlich ist, in gewöhnlicher Weise stattfinden soll, auch wenn gegen die andern Theilnehmer kein Antrag gestellt wurde. In diesem Falle soll also die für gewisse Personen statuirte mildernde Rücksicht, vermöge deren sie nur auf Antrag der in bestimmten Verhältnissen zu ihnen stehenden Person bestraft werden sollen, andern Theilnehmern an Verbrechen, bei denen jene mildernde Rücksicht und jene Verhältnisse zu der beschädigten Person nicht vorhanden sind, nicht zu Statten kommen.

„Wenn es nun auch nicht unbedenklich ist, unter den hier erwähnten Theilnehmern die Begünstiger unmittelbar zu verstehen, da die StPOrdn. den technischen Begriff von Theilnehmern und Begünstigern, wie er im StGBuch Artt. 31. 35 u. 36 aufgestellt ist, streng festhält und die Begünstiger neben den Theilnehmern besonders aufführt (StPOrdn. Art. 47 alin. 2, Art. 97 alin. 4, Art. 250 Nr. 1), so folgt daraus nur so viel, daß rücksichtlich der Begünstiger nichts ausdrücklich bestimmt ist, nicht aber, daß der Begünstiger im Fragefalle straflos sein soll, vielmehr wird, wenn der Strafloſigkeit des Hauptverbrechers ungeachtet die nichtverwandten Theilnehmer, gleiche und ungleiche, ohne Antrag bestraft werden sollen, dieses auch nicht weniger bei den Begünstigern anzunehmen sein. Der Begünstiger beginnt seine verbrecherische Thätigkeit erst nach vollbrachtem Hauptverbrechen, begeht also gewissermaßen ein für sich bestehendes Verbrechen, er steht mit dem Hauptverbrecher in weniger engem Zusammenhange als der Theilnehmer und kann daher auch um so weniger auf Strafloſigkeit mit dem Hauptverbrecher Anspruch machen.

„In der fernern Appellationsbeschwerde unter 1 b, daß nicht die Verhandlung wegen Abwesenheit des Zeugen F. senior ausgesetzt worden, bei welcher ein Nichtigkeitsgrund nicht angegeben ist, könnte ein solcher in sofern gefunden werden, als in der Verwerfung des bei der Hauptverhandlung an das Gericht gestellten Antrags auf Vertagung der Hauptverhandlung zum Behuf der Vernehmung des gedachten Zeugen die gesetzwidrige Versagung eines Vertheidigungsmittels enthalten sein könnte. (Nichtigkeitsgrund 4 des Art. 306 d. StPOrdn.) Da jedoch in Art. 222 d. StPOrdn. dem Richter beim Ausbleiben von Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung die Befugnis gegeben ist, nach Gehör des Staatsanwalts, Angeklag-

Digitized by Google

ten und Vertheidigers zu entscheiden, ob die Hauptverhandlung zu vertagen oder mit derselben vorzuschreiten und statt mündlicher Abhörung die in der Voruntersuchung enthaltenen Aussagen des Zeugen vorzulesen seien, das Kreisgericht daher, indem es sich nach erfolgtem Gehör beider Theile für die letzte Alternative entschied, in keiner Weise gesetzwidrig gehandelt hat, wie bereits im Erkenntnis voriger Instanz richtig hervorgehoben ist, so liegt der erwähnte Nichtigkeitsgrund nicht vor.

„Zur zweiten Appellationsbeschwerde, daß die Fassung des Strafbescheids nicht den im Art. 258 d. StPOrdn. aufgestellten Erfordernissen entspreche, also nichtig sei, ist ein solches gesetzliches Erfordernis, an welchem es dem Erkenntnis fehlen soll, weder angegeben noch sonst zu bemerken gewesen; die Beschwerde bedarf daher keiner weitern Erörterung.

„Die dritte Appellationsbeschwerde, daß die Angeklagte, verehelichte L., der Begünstigung eines Verwandtendiebstahls in Höhe von 131 Thlr. für überführt erachtet worden, betrifft bloß die Beweisfrage und kann als Nichtigkeitsbeschwerde nicht in Betracht kommen.

„Die Beschwerde unter 3b der Appellationsschrift endlich geht dahin, daß gegen die Angeklagte, verehelichte L., ungeachtet sie nur der Begünstigung eines Verwandtendiebstahls — der äußersten Falls nach Art. 229 d. StGBuchs nur mit einjähriger Arbeitshausstrafe zu belegen sei — für überführt erachtet worden, der Bestimmung in Art. 30 (soll heißen 36) alin. 2 entgegen mehr als der dritte Theil dieser einjährigen Arbeitshausstrafe erkannt worden sei.

„Die formelle Statthaftigkeit dieser Beschwerde unterliegt keinem Bedenken, indem darin die Behauptung enthalten ist, einestheils, daß die erkannte Strafe das höchste gesetzliche Strafmaß, ein Drittheil von einem Jahre Arbeitshaus, übersteige (Nichtigkeitsgrund Nr. 7 des Art. 306 d. StPOrdn.), anderntheils, daß durch unrichtige Gesetzesauslegung ein falsches Strafgesetz — der Art. 216 anstatt des Art. 229 d. StGBuchs — angewendet worden sei (Nichtigkeitsgrund Nr. 6 des Art. 306 d. StPOrdn.).

„In materieller Hinsicht aber ist diese Beschwerde unbegründet. Schon nach römischem Recht verfällt der mit dem Bestohlnen nicht verwandte Theilnehmer an einem Familiendiebstahle den Strafen des gemeinen Diebstahls, L. 26 §. 1; L. 52 pr. und §. 1 Dig. de furtis (47, 2), und dieser Grundsatz ist in der neuern Strafgesetzgebung in sofern anerkannt, als nach obigem gegen den nicht verwandten Theilnehmer kein Antrag auf Bestrafung erforderlich ist, und das Strafverfahren gegen ihn in gewöhnlicher Weise stattfindet, auch wenn gegen den mit dem Bestohlnen verwandten Hauptverbrecher wegen mangelnden Antrags keine Untersuchung erfolgt. Damit ist, wie bereits oben ausgeführt, ausgesprochen, daß dem nicht verwandten Theilnehmer und folgeweise auch dem Begünstiger die mildernden Rücksichten, welche bei dem mit dem Bestohlnen verwandten Dieb eintreten, nicht zu Statten kommen sollen, daß ihnen gegenüber der Diebstahl als ein gemeiner betrachtet wird und daher auch die Strafen des gemeinen Diebstahls (StGBuch Art. 216) und nicht die des Verwandtendiebstahls (Art. 229) Platz greifen."

CCCLX.

Zu Art 306 Ziffer 2. 5 und 6 der StPOrdn.

Die beiden Strumpfwirker Karl Eduard und Franz Julius B. zu A. waren im Sept. 1863 von dem Gutsbesitzer O. aus N. und

Digitized by Google

dessen Sohn beim Befischen eines dem O. gehörigen Teichs betroffen worden und hatten sich, als derselbe sie durch Wegnehmen eines am Ufer des Teichs liegenden Paars Stiefel zu pfänden versucht, dieser Pfändung nicht allein widersetzt, sondern auch den O. und dessen Sohn mishandelt, indem Eduard B. den letztern niedergeworfen und auf die Brust gekniet, Julius B. aber mit einem mit Eisen beschlagenen Stiefel auf O. sen. losgehauen und denselben so am Kopfe verletzt hatte, daß er sehr viel Blut verloren. Am 26. Sept. 1863 machte der genannte Gutsbesitzer O. bei dem ꝛc. Justizamt zu A. von diesem Vorfall Anzeige: es wurde nach gepflogener Voruntersuchung von der ꝛc. Staatsanwaltschaft gegen beide genannte B. Anklage erhoben sowohl nach Art. 276 Abs. 2 als auch nach Art. 131 Ziffer 5 des StGB. Der von dem Damnificaten O. bei dem Justizamt zu A. erstatteten Anzeige war in der Anklageschrift nur dadurch gedacht, daß die Geschichtserzählung in der Anklageschrift mit den Worten anfing: „Nach einer vom Gutsbesitzer O. aus R. am 26. Sept. v. J. bei dem ꝛc. Justizamt zu A. erstatteten Anzeige hat letzterer ꝛc."

Nachdem in der Hauptverhandlung die Beweisaufnahme geschlossen worden war und die ꝛc. Staatsanwaltschaft ihre Strafanträge gestellt und begründet hatte, behauptete der Vertheidiger der Angeklagten Nichtigkeit des Verfahrens hinsichtlich der incriminirten Körperverletzung, da es an einem Strafantrag des Beschädigten mangele, mithin der Staatsanwalt unberechtigt aufgetreten sei. Der Vorsitzende des Gerichts befragte darauf den als Zeuge anwesenden Damnificaten O. sen., ob er den Mitangeklagten Eduard B. auch wegen der erwähnten Körperverletzung bestraft haben wolle und ob es, als er die Anzeige erstattet, seine Absicht gewesen sei, daß genannter B. auch wegen dieses Vergehens zur Strafe gezogen werde. O. bejahte dies und das Kreisgericht zu W. verurtheilte darauf beide Angeklagte wegen des Vergehens gegen Art. 276 zu 3 Monaten Arbeitshaus, ferner den Mitangeklagten Eduard B. wegen des Verbrechens der Körperverletzung nach Art. 131 Ziffer 5 des StGB. zu 6½ Woche Gefängnis.

Gegen dieses Erkenntnis wendeten die Angeklagten Appellation ein zugleich aus dem Nichtigkeitsgrund des Art. 306 Ziffer 2 und 6 des StGBuchs, es wurde jedoch von dem ꝛc. Appellationsgericht zu E. lediglich bestätigend erkannt und die hiegegen mit Wiederholung derselben Gründe eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde durch OAGUrtheil vom 27. Octob. 1864 (Nr. 201) verworfen, aus folgenden Gründen:

„Die Untersuchung und Bestrafung wegen Körperverletzung nach Nr. 5 des Art. 131 d. StGBuchs setzt nach Art. 136 einen Antrag des Beschädig-

Digitized by Google

ten voraus. Ob im einzelnen Fall ein solcher Antrag thatsächlich vorliegt, steht zur Entscheidung des hiesigen Tribunals, da Art. 208 Nr. 2 u. Art. 306 Nr. 2 d. StPOrdn. die Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse nicht, wie im Art. 306 Nr. 5 geschehen, von der Prüfung durch das hiesige Tribunal ausschließen, und die Regel dafür streitet, daß der Oberrichter den an ihn devolvirten Streitpunkt in juristischer und thatsächlicher Hinsicht zu prüfen hat.

„In dem vorliegenden Falle ist nun die Untersuchung und Bestrafung nicht ohne den erforderlichen Antrag erfolgt. Denn der Beschädigte hat am 26. September v. J. bei dem Justizamte A. ausdrücklich erklärt, daß er eine Anzeige wegen eines versuchten Fischdiebstahls verbunden mit einer ihm zugefügten Körperverletzung stellen wolle. Eine solche Anzeige muß aber als ein Strafantrag betrachtet werden, da der Denunciant dabei gar keine andere Absicht gehabt haben kann, als eine Untersuchung und Bestrafung des Denunciaten veranlassen zu wollen, und da es nur auf das Zuerkennengeben dieser Absicht ankam, nicht aber auf den Gebrauch der richtigen juristischen Kunstausdrücke und Formeln.

„Wenn der Mitangeklagte auch noch Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet hat, weil auf eine höhere Strafe erkannt worden sei, als das Strafgesetz bestimme, so ist die Beschwerde unstatthaft, weil sie auf der Bestreitung von Thatsachen beruht, bei welchen nach Art. 306 Nr. 5 d. StPOrdn. keine Nichtigkeitsbeschwerde zugelassen ist."

CCCLXI.

Zu Art. 269 des StGBuchs — §§. 5. 6 und 29 des (Weimar.) Ges. vom 13. Apr. 1821 — §. 9 des Ges. vom 6. Jan. 1849 — §. 1 des Ges. vom 6. Mai 1850 — §. 7 des Patents vom 19. Jan. 1819 und authent. Interpr. vom 20. Sept. 1841 u. 12. Sept. 1843.

Der Einwohner L. zu B. war am 5. Jan. 1864 in der Flur von O. darüber betroffen worden, wie er im Begriff gestanden, ein Kaninchen auszugraben, ohne von dem Jagdberechtigten Erlaubnis hiezu erhalten zu haben. Bei dieser Gelegenheit fand man einen todten Ratz — Iltis — bei ihm, welchen er in der Flur von B. ausgehackt zu haben behauptete und dessen Fell er für 8 Sgr. verkauft hat. Die Staatsanwaltschaft erhob wegen dieser zwei Fälle — drei andere miterwähnten Fälle kommen hier nicht in Betracht — auf Grund des Art. 269 des StGBuchs Anklage gegen L. wegen Beeinträchtigung fremden Jagdrechts. In der desfallsigen Hauptverhandlung vor dem ꝛc. Kreisgericht zu W. bestritt der Vertheidiger des Angeklagten, daß das Jagen von Iltis und Kaninchen gesetzlich unter den Art. 269 des StGBuchs falle, und das ꝛc. Kreisgericht sprach den Angeklagten in Betreff des Grabens nach einem Kaninchen von der Anklage frei, weil, wenn auch nach §. 5. 6. 29 des Jagdges. vom 13. Apr. 1821 und der authent. Interpretation vom 20. Sept. 1841 vgl. mit der Bekanntm. der Regierung vom 12. Sept. 1843 und dem Ges. vom 6. Mai 1850

Digitized by Google

die wilden Kaninchen an sich zu den jagdbaren Thieren zu rechnen seien, es doch nach der Auslassung des Angeklagten, welcher das qu. Ausgraben nur zu seinem Vergnügen vorgenommen haben wolle, an dem Thatbestand eines strafbaren Versuchs des Wilddiebstahls fehle. Dagegen sei in dem Einfangen und Ansichnehmen des bei dem Angeklagten vorgefundenen Ratzes in der Flur von V. nach Art. 269 des StGBuchs vgl. mit §§. 5. 6. 9. 29 des Ges. vom 13. April 1821 und §. 11 des Ges. vom 17. Mai 1853 eine Beeinträchtigung fremden Jagdrechts zu finden und der Angeklagte deshalb zu 2 Tagen Gefängnis zu verurtheilen.

Gegen dieses Erkenntnis appellirte sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Angeklagte, die Staatsanwaltschaft wegen der Freisprechung des Angeklagten in Betreff des Grabens nach Kaninchen; der Angeklagte wegen der Verurtheilung zu 2 Tagen Gefängnis für die ihm beigemessene Beeinträchtigung fremden Jagdrechts.

Das ꝛc. Appellationsgericht zu Eisenach hat darauf die Appellation des Angeklagten verworfen, auf die Appellation der Staatsanwaltschaft das freisprechende Erkenntnis des Kreisgerichts wieder aufgehoben und den Angeklagten für schuldig erachtet, den Versuch gemacht zu haben, in einem Jagdrevier, in welchem er zu jagen nicht berechtigt gewesen, ein wildes Kaninchen zu fangen und an sich zu nehmen, und den Angeklagten deshalb zu 1 Tag Gefängnis verurtheilt.

Gegen diese Entscheidung ist von Seiten des Angeklagten Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Auslegung des Art. 269 d. StGB. eingewendet, dieselbe aber mittels OAGUrtheils vom 27. Octob. 1864 (Nr. 227) verworfen worden aus folgenden Gründen:

„Die wegen des Versuchs eines Wilddiebstahls an einem wilden Kaninchen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist unbegründet, weil sich mit Grund nicht bestreiten läßt, daß die wilden Kaninchen zu den jagdbaren Thieren zu zählen sind, woraus von selbst folgt, daß das unerlaubte Einfangen derselben auf fremdem Jagdgebiet dem Art. 269 d. StGBuchs zu unterziehen ist. Denn, wenn man auch von der authentischen Interpretation vom 20. September 1841 zu §. 7 des Patents vom 19. Januar 1819 ganz absieht, weil das letztere, mithin auch die authentische Interpretation durch das Gesetz vom 6. Januar 1849 §. 9 aufgehoben ist, so geht doch aus §§. 5. 6 Ziff. 1 und §. 29 des Jagdgesetzes vom 13. April 1821, welches insoweit nach §. 9 des Gesetzes vom 6. Januar 1849 noch Giltigkeit hat, sowie aus der authentischen Interpretation vom 12. September 1843, desgleichen aus §. 1 des Gesetzes vom 6. Mai 1850 deutlich hervor, daß die wilden Kaninchen zu den jagdbaren Thieren, mithin zu dem Wild gehören, an welchem das im Art. 269 d. StGBuchs mit Strafe bedrohte Verbrechen begangen werden kann.

„2) Was die fernere Beschwerde betrifft, daß der Angeklagte wegen Wilddiebstahls an einem Iltis bestraft worden sei, obgleich für diese That kein einschlagendes Strafgesetz existire, so muß das vorliegende Rechtsmittel

Digitized by Google

verworfen werden. Denn der Fall Nr. 2 des Art. 332 d. StPOrdn. kann überhaupt hier gar nicht in Frage kommen, auch Nr. 3 dieses Artikels nicht, weil das vorige Urtheil nichts anderes, als das erste Erkenntnis ausgesprochen hat. Aber auch der Fall Nr. 1 des Art. 332 ist nicht vorhanden, weil er voraussetzt, daß die Appellation aus Nichtigkeitsgründen eingewendet worden sein muß, was hier nicht vorliegt, denn der Angeklagte hat in der Appellationseinwendungsschrift keinen Nichtigkeitsgrund aufgestellt, wie ihm zu thun obgelegen hätte, und die hinterdrein in der Ausführungsschrift vorkommende Nachholung eines solchen Grundes kann, nachdem die zehntägige Interpositionsfrist verflossen war, als verspätet nicht in Rücksicht genommen werden."

CCCLXII.

Zu §. 5 des Fürstl. Schwarzb. Sondersh. Sabbaths-Edicts vom 23. März 1765.

Heinrich O. zu K. hatte am Charfreitag 1864 Nachmittags in seinem Hausgarten Bäume ausgeputzt. Der Ortsschultheiß H. zeigte dies unter Bezugnahme auf das Sabbaths-Edict vom 23. März 1765 und die VO. vom 16. Aug. 1848 als eine strafbare Handlung an und beantragte, da O. die ihm angeforderte Strafe zu erlegen sich weigere, das weiter Nöthige zu verfügen. Die Staatsanwaltschaft gab die Anzeige an das ꝛc. Justizamt zu A. mit dem Antrag auf Erlassung eines Strafmandats an O. ab und das Justizamt erließ auch das beantragte Strafmandat, der Angeklagte erhob aber Einspruch dagegen und behauptete unter Berufung auf die Verfassungsges. vom 12. Dec 1849, 2. Aug. 1852 und 8. Juli 1857, daß die ihm zur Last gelegte Handlung eine straflose sei.

Gegen die inhäsive erstinstanzliche Entscheidung appellirte der Angeklagte zugleich aus dem Nichtigkeitsgrund des Art. 306 Ziffer 5 der StPOrdn. mit Wiederholung der Behauptung, daß die Strafandrohung des Sabbaths-Edicts und der VO. von 1848 nach Inhalt der vorerwähnten späteren Gesetze als aufgehoben anzusehen sei. Es erfolgte hierauf aber ein lediglich bestätigendes Erkenntnis des ꝛc. Kreisgerichts zu Arnstadt, in welchem als Grund angeführt wurde: die im §. 5 des Sabbaths-Edicts ausgesprochenen Verbote und Strafen wären nicht nothwendig und nur als ein Ausfluß des in den Motiven angedeuteten Zwangs der Unterthanen zu einem fleißigen und regelmäßigen Besuch des Gottesdienstes und Ausübung der christlichen Religionsgebräuche anzusehen, könnten vielmehr auch neben der durch die Verfassung von 1849 gewährleisteten Gewissens- und Glaubensfreiheit recht gut bestehen, und müßten daher in Ermangelung einer speciellen ausdrücklichen Aufhebung als noch bestehend gelten.

Gegen diese Entscheidung erfolgte Nichtigkeitsbeschwerde mit Wiederholung des schon angegebenen Grundes; es ist aber dieselbe durch

Digitized by Google

OAGUrtheil vom 27. Octob. 1864 (Nr. 235) verworfen worden aus folgenden Gründen:

„Es konnte nicht mit der Vertheidigung angenommen werden, daß der Grund des im §. 5 des Sabbaths-Edicts vom 23. März 1765 enthaltenen Strafverbots allein darin zu suchen sei, daß die einzelnen Staatsangehörigen sich selbst nicht durch Vornahme der verbotenen Handlungen von der Feier der Sonn- und Festtage abhalten sollen. Denn obschon dieser Grund im Edict vorzugsweise Ausdruck gefunden hat, so wird doch dadurch ein fernerer Grund für das Verbot nicht ausgeschlossen. Es liegt in der Natur der durch das Verbot betroffenen Handlungen, daß dadurch nicht nur derjenige, welcher dieselben vornimmt, von der Feier der Sonn- und Festtage abgehalten, sondern daß dadurch auch die christliche Gemeinde überhaupt in ihrer Religionsausübung gestört wird, und wenn schon das im §. 5 des Edicts ausgesprochene Motiv, „„daß der göttliche Dienst, wenn er durch die gewöhnlichen weltlichen Nahrungs- und Hausgeschäfte gestört und unterbrochen würde, mit so heiligem Eifer, als es der göttlichen Hoheit gemäß ist, nicht vollbracht werden könnte,““ sich auf eine solche Störung der christlichen Gemeinde beziehen läßt, so kann die Absicht des Gesetzgebers, eine solche Störung zu verhüten, auch außerdem nicht zweifelhaft sein, wenn man erwägt, daß im entgegengesetzten Falle, und wenn die Absicht bloß dahin gegangen wäre, die einzelnen Staatsangehörigen zur Feier der Sonn- und Festtage zu nöthigen, den Nichtchristen, welche die christlichen Sonn- und Festtage nicht feiern, die Vornahme der fraglichen Handlungen freigestanden haben würde, was sicher nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat.

„Wenn man nun auch dem Vertheidiger zugeben will, daß der eine Grund des Verbots, die Staatsangehörigen zur eigenen Feier der Sonn- und Festtage zu nöthigen, durch §. 21 des Verfassungsgesetzes vom 12. December 1849, wonach niemand zu einer kirchlichen Handlung oder Feierlichkeit gezwungen werden soll, in Wegfall gekommen, und durch Aufhebung dieses Verfassungsgesetzes nicht ohne weiteres wieder in Kraft getreten ist, so bleibt doch der andere Grund des Verbots, daß durch Vornahme der fraglichen Geschäfte die christliche Gemeinde nicht in ihren Religionsübungen gestört werde, bestehen.

„Denn wenn auch im §. 20 desselben Verfassungsgesetzes bestimmt ist, daß keine Religionsgesellschaft vor anderen durch den Staat Vorrechte genießt, und daß ferner keine Staatskirche besteht, so wird doch hierdurch der Staat nicht gehindert, die Andachtsübungen einzelner religiösen Gesellschaften vor Störungen zu bewahren, und wenn auch hier dieser Schutz bloß der christlichen zu Gute kömmt, so kann darin noch nicht eine der obigen Verfassungsbestimmung zuwider laufende Bevorzugung der einen Religionsgesellschaft gefunden werden, da durch das fragliche Verbot nicht ausgeschlossen ist, daß andern Religionsgesellschaften derselbe Schutz gewährt werden kann. Das fragliche Verbot, wie dasselbe später durch die Verordnung vom 16. August 1848 modificirt worden ist, kann daher durch das Verfassungsgesetz vom Jahre 1849 als aufgehoben nicht betrachtet werden, und es fehlt somit für das angefochtene Strafurtheil nicht an einem einschlagenden Strafgesetze.“

Digitized by Google

Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen ꝛc.

Die Rechtsansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe nach Sachsen-Altenburgischem Rechte.

(Fortsetzung und Schluß.)

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Dr. Hase zu Altenburg.

§. 4.

Die Ansprüche und Rechte der aus einem unehelichen Beischlaf erzeugten Kinder werden nach der Const. (§. 57) selbst wieder als von dreierlei Art unterschieden: 1) Ansprüche auf Erziehung, Verpflegung und Versorgung; 2) Rechte in Rücksicht des Familienzustandes und der Erbfolge; 3) Rechte in Ansehung des bürgerlichen Zustandes.

Diese Rechte spricht die Const. ausdrücklich den aus einem unehelichen Beischlaf jeder Art erzeugten Kindern zu und hebt dabei insbesondere noch die aus einer Bigamie gebornen Kinder als ebenfalls dieser Rechte theilhaftig hervor, wenn die zweite Ehe von der Behörde für nichtig erachtet wurde. Um so weniger kann es einem gegründeten Zweifel unterliegen, daß dieselben auch den in einem Ehebruch erzeugten Kindern zuzusprechen sind; nur muß dabei, wie bei den diesfallsigen Ansprüchen einer Ehefrau (s. §. 52 d d. Const.), vorausgesetzt werden, daß das Kind resp. dessen Vertreter im Stande ist darzuthun, daß die Mutter in der betreffenden Zeit vom 210.—287. Tage nach dem mit dem Stuprator verübten Beischlafe nicht mit ihrem Ehemanne concumbirt habe, um die Beseitigung des Pater est, quem nuptiae demonstrant, und der damit zunächst den ehelichen Vater treffenden Alimentationspflicht herbeizuführen [56]).

56) Emminghaus, Corp. Jur. Germ. S. 927 ff., und desselben Pandekten d. Sächs. Rechts S. 403; Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. I S. 92; Bd. II S. 503; Bd. XXI S. 273 ff.; Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1848 S. 100 ff. Seuffert, Archiv f. Entsch. Bd. X Nr. 54. Natürlich fällt die Nothwendigkeit

Digitized by Google

Hierbei schlagen für das Altenb. Recht noch besonders die Vorschriften der Eheordnung vom 13. Mai 1837 §§. 149—153 (S. 102 f. d. G.S. v. 1837) ein, insofern in ihnen für die Beseitigung der Rechtsregel Pater est, quem nuptiae demonstrant, noch mehrere positive Bestimmungen getroffen worden sind. Es ist dabei namentlich zu berücksichtigen, daß nach §. 150 ibid. behauptete Zeugungsunvermögenheit bei dem Ehemann (anders, wie bei dem Stuprator, s. §. 52 der Const. a. E.) an sich keinen Grund gibt, die Vaterschaft eines in der Ehe gebornen Kindes zu verleugnen, und daß nach §. 153 die Befugnis, ein in der Ehe gebornes Kind nicht anzuerkennen, bei dem Ehemann erloschen ist, wenn er, im Amtsbezirk anwesend, binnen 45 Tagen von der Geburt des Kindes, bei Abwesenheit binnen 90 Tagen nach seiner Rückkehr oder bei Verheimlichung der Geburt binnen gleicher Frist nach entdecktem Betrug keine gerichtliche Klage erhoben hat[57]). Auf diese Beschränkungen der actio de paternitate negativa wird natürlich auch der verklagte Stuprator sich berufen können. Umgekehrt läßt sich aber nicht ebenso behaupten, daß auch die Mutter resp. der Vormund des Kindes gegenüber dem belangten Stuprator sich ohne weiteres für die außereheliche Erzeugung des Kindes darauf stützen können, daß sie mit dem Ehemann darüber einig seien, daß das Kind nicht von dem Ehemann herrührt; ja selbst eine darüber in einem zwischen dem Ehemann und der Mutter resp. dem Vormund des Kindes angestrengten Processe abgegebene rechtliche Entscheidung wird nicht unter allen Umständen den Rechten des beklagten Stuprator präjudiciren können, weil sie zunächst als eine res inter alios acta erscheint und nur jus inter partes hervorbringt. So wurde von dem Herz. Appellationsgericht namentlich in einem erst neuerdings (Nr. 160 v. J. 1864) vorgekommenen Falle entschieden. In diesem Falle hatte sich die Ehefrau resp. der ad hoc bestellte Vormund des Kindes darauf be-

---

dieses Beweises da hinweg, wo die Geburt schon so zeitig nach Schließung der Ehe erfolgte, daß ein Beischlaf innerhalb der Ehe überhaupt nicht als das erzeugende Factum für den partus betrachtet werden konnte. Vgl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. XV S. 51 ff., Bd. XXIII S. 245 ff. Die Möglichkeit, daß der Ehemann dennoch Vater zu dem Kinde sein könne, weil er schon vor der Ehe mit der Ehefrau concumbirte, läßt ihn insoweit doch nur als einfachen constuprator erscheinen. Allein die exceptio plurium constupratorum wirkt gegen die Alimentationsverbindlichkeit nichts (s. u.). Fällt das tempus congruum nur zum Theil in, zum Theil außer die Ehe, so ist der Beweis der Klägerschaft immer nur für den in die Ehe fallenden Zeitraum anzusinnen.

57) Eigenthümlich ist hierbei auch, daß die Eheordnung §. 149 die Nativitätstermine anders (auf den 300. — 180. Tag nach dem Beischlafe) festsetzt, als die Const. vom 7. Juli 1823.

Digitized by Google

rufen, daß auf eine von dem Ehemann zeitig erhobene negative Paternitätsklage die Ehefrau sowohl, als der Vormund [58]), wider den diese Klage gerichtet gewesen, unumwunden eingeräumt hätten, daß der Ehemann intra tempus congruum verhindert gewesen sei, den Beischlaf mit der Ehefrau zu vollziehen, worauf der Vormund vom Gericht als Obervormundschaftsbehörde angewiesen worden war, die Rechte des Kindes gegen den benannten außerehelichen Stupratot geltend zu machen, und der Ehemann seine Klage natürlich dann nicht weiter fortgesetzt hatte. Das H. Appellationsgericht entschied, daß, wenn man auch hier den Satz: confessus pro judicato habetur anwenden und das Geständnis des Vormundes resp. der Mutter als einer Entscheidung über die Statusfrage gleichstehend betrachten wollte, doch hiermit ein genügender Grund dafür, die außereheliche Zeugung des Kindes als auch dem Beklagten gegenüber für erwiesen zu betrachten, noch nicht gewonnen sei, weil den Statusentscheidungen die Bedeutung eines jus inter omnes nur unter den Voraussetzungen eingeräumt werden dürfe, welche neuerdings Keller, Litiscontestation S. 396, 399 und v. Savigny, Bd. VI S. 472 f. dafür entwickelt haben. Hiernach ist mindestens zu erfordern, daß das in dem Vorprocesse über die actio de paternitate negativa ertheilte Erkenntnis nach contradictorischem Wechselverfahren und ohne den Verdacht irgend welcher Collusionen ergangen sei. Übereinstimmend hiermit ist auch die Praxis des OAGerichts Dresden, nach dem Wochenb. f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1850 Nr. 18 S. 139 f. (Seuffert, Archiv f. Entsch. Bd. III S. 446 f.).

Die Geltendmachung der fraglichen Ansprüche für das Kind liegt übrigens nach der Const. regelmäßig nur dem Vormund, der ihm zu diesem Zwecke (vgl. Circularverordnung vom 14. Febr. 1809, in der 3. Beif. Samml. S. 512 ff., §. 67 d. Const.) alsbald von Amtswegen zu bestellen ist, ob [59]). Eine Vertretung des Kindes durch die außereheliche Mutter ist der Const. durchaus fremd, und es bedarf daher, insofern die Mutter doch im einzelnen Falle Rechtsansprüche, die ursprünglich dem Kinde zuständig sind, geltend macht, immer der Bezugnahme auf ein besonderes Rechtsgeschäft (negotiorum gestio in Verlegung der Alimente ꝛc.), um die Klage alsdann schlüssig zu machen.

58) Die Erhebung der negativen Paternitätsklage gegen die Mutter allein genügt diesfalls nicht; Rescr. zu Nr. 94 v. J. 1856.

59) Abweichend von der Vorm. Ordn. §. 7 ist nach §. 67 al. 2 d. Const. der Geschwächten selbst die Vormundschaft über ihr Kind nie anzuvertrauen. Die Bevormundung der Kinder ausländischer Geschwächten ist den auswärtigen Ortsgerichten anheimzugeben. Spätere Änderungen im Gerichtsstand der Mutter ändern nicht die Competenz der einmal früher competent gewordenen Obervormundschaftsbehörde; vgl. §. 67 al. 2 u. 14.

Digitized by Google

Die gedachte Circularverordn. vom 14. Febr. 1809 bestimmt in §. 7 daher auch ausdrücklich, daß der Vater des außerehelichen Kindes nur durch eine an den Vormund geschehene Bezahlung der Alimentengelder seiner diesfallsigen Verbindlichkeit entledigt werde und daß es sodann dem Vormund überlassen bleibe, die weitere Übereinkunft mit der Mutter des Kindes wegen dessen Verpflegung und Erziehung zu treffen. Diese Vorschrift ist in §. 67 der Altenb. Const. in nur noch bestimmteren Ausdrücken wiederholt worden. Indessen hat doch das H. Appellationsgericht (Rescr. zu Nr. 401 v. J. 1861) für den Fall ohne weiteren Nachweis eine giltige Zahlung der Alimentengelder an die Mutter angenommen, wenn das Kind noch nicht ein Jahr alt ist, weil für diese Zeit die Mutter nach §. 59 alin. 8 der Const. verlangen kann, daß ihr das Kind von dem Vater oder dessen Erben zur Verpflegung überlassen werden und ihr dafür dann der Aufwand bezahlt werden muß.

In Betreff der einzelnen Ansprüche ist aber noch Folgendes hervorzuheben:

I. In Ansehung der Erziehung, Verpflegung und Versorgung hat das außereheliche Kind resp. dessen Altersvormund nach der Const. (§. 58) das Recht, von dem außerehelichen Vater a) für die Beköstigung von der Geburt an bis zu Ende des 6. Jahres monatlich zwischen 20 gGr. und 1 Thlr. 16 gGr. (jetzt also zwischen 25 Ngr. — 1 Thlr. 20 Ngr.), und von da bis zu Ende des 14. Lebensjahres monatlich zwischen 1—2 Thlr., b) für Kleidung von der Geburt bis zum Ende des 6. Jahres monatlich zwischen 3—8 gGr. (3 Ngr. 7 Pf. — 10 Ngr.; nach der Goth. Const. nur bis zu 6 gGr.), und von da bis zum Ende des 14. Lebensjahres monatlich zwischen 6 — 16 gGr. (7 Ngr. 5 Pf — 20 Ngr.; nach d. Goth. Const. nur bis 12 gGr.), c) für Schulgeld vom Ende des 6. Jahres bis zur Entlassung aus der Schule jährlich 1 Thlr, endlich d) zur Erlernung eines Handwerkes oder andern Gewerbes überhaupt zwischen 10—20 Thlr. zu fordern. Diese Leistungen sind nach einem besondern Zusatz der Altenb. Const. in gewissen, nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Theilzahlungen, in der Regel von Vierteljahr zu Vierteljahr, jederzeit praenumerando [60]) zu entrichten. Nur in Betreff des Schulgeldes kann auch eine jährliche Entrichtung angeordnet werden; die zur Erlernung eines Handwerkes oder Gewerbes bestimmte Summe ist jedoch überall nicht eher, als bis das Kind wirklich ein dergleichen Handwerk oder Gewerbe zu erlernen anfängt, zu bezahlen.

60) Die Vorauszahlung ist auch gemeinrechtlich, nach Analogie der bei legirten Alimenten geltenden Grundsätze, gerechtfertigt in einem Erkenntnis des Obertrib. zu Stuttgart, bei Seuffert, Archiv Bd. II Nr. 56.

Digitized by Google

Hierbei ist die Frage mehrfach aufgeworfen worden, ob diese letztere Summe auch da zuzuerkennen sei, wenn das außereheliche Kind weiblichen Geschlechtes ist. Die hiergegen erhobenen Zweifel sind gewöhnlich daher genommen worden, daß der Ausdruck „Handwerk und Gewerbe" auf Frauen nicht passe. Das H. Appellationsgericht hat jedoch kein Bedenken getragen, auch bei Mädchen diese Forderung als zulässig anzunehmen. Theils wurde hierfür die Allgemeinheit der bezüglichen Bestimmung, die eines Unterschiedes nach dem Geschlechte nicht gedenkt, theils gerade der gebrauchte doppelte Ausdruck „Handwerk oder Gewerbe", theils endlich die tägliche Erfahrung für entscheidend erachtet, daß auch Frauenspersonen ein besonderes Gewerbe, z. B. Putzmacherei, Handschuhnähterei ꝛc. ergreifen. Voraussetzung bleibt natürlich hierbei ebenso, wie bei den Knaben, daß das Gewerbe ein solches sein muß, für dessen Erlernung regelmäßig etwas zu bezahlen ist. So wenig daher für einen außerehelich geborenen Knaben, der sofort nach seiner Confirmation sich zu einfacher Tagelöhnerarbeit hinwendet, die fragliche Prästation zu entrichten sein wird, selbst wenn sie vorsorglich zuerkannt worden sein sollte, so wenig wird die Auszahlung derselben ein Mädchen beanspruchen können, welches sich sofort nach der Confirmation in Dienste begibt oder sich nur im Hause der Eltern oder von Verwandten gewöhnlicher häuslicher Beschäftigung widmet.

Der Maßstab, nach welchem zwischen den vorstehenden Minimal- und Maximalsätzen die Prästationen für den einzelnen Fall zu bestimmen sind, ist nach der Const. wesentlich anders festgesetzt, als bei den Leistungen für die Stuprata. Es soll dabei keineswegs auf den Stand der Leistungspflichtigen, sondern nur auf die Größe des Vermögens dieser Personen gesehen werden. Unter Vermögen kann man hierbei aber nicht bloß das Baar- oder Capitalvermögen verstehen; es ist ebenso gut für Vermögen zu achten, wenn sich jemand in günstigen Erwerbsverhältnissen befindet, als wenn er von den Renten eines großen Vermögens lebt. Deshalb hat es das H. Appellationsgericht in mehreren Fällen (z. B. Rescr. v. 5. Jan. 1859) für durchaus zulässig angesehen, wenn die Erörterungen über die Erwerbsverhältnisse ergeben hatten, daß letztere über den Verdienst gewöhnlicher Handarbeiter hinausgingen, die Alimentationssätze höher, als die Minimalsätze zu greifen [61]). Hierneben verleiht aber die Const. dem unehelichen Kinde auch das Recht, eine verhältnismäßige Erhöhung der erwähn-

61) Eine Klage, welche die Forderung stellt, die Sätze nach richterlichem Ermessen auszuwerfen, begründet keine plurispetitio; vgl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1845 S. 40.

Digitized by Google

ten Präſtationen zu fordern, wenn etwa anfänglich die geringeren Anſätze zuerkannt worden wären, nachher aber der Verpflichtete in merklich beſſere Vermögensverhältniſſe gekommen ſein ſollte. Dies Recht erſcheint nach der Conſt. als ein geſetzliches Annexum der Alimentationsverbindlichkeit; es bedarf daher, um dies Recht zu ſalviren, nicht erſt eines Vorbehaltes desſelben in dem die Alimentationspflicht feſtſtellenden Beſcheide [62]). (Vgl. auch Zeitſch. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIX S. 223.) Selbſt durch einen Vergleich über die Höhe der Alimente kann dieſer Anſpruch nicht ohne weiteres als ausgeſchloſſen erachtet werden. Es iſt anzunehmen, daß der Vergleich zunächſt nur die Verhältniſſe berückſichtigt habe, die im Augenblicke des Vertragsabſchluſſes vorhanden waren. Auf ein erſt ſpäter zur Exiſtenz gelangtes Recht auf Erhöhung müßte beſonders renuntiirt ſein. Kommt es dann zu einem ſolchen Antrag auf Erhöhung, ſo iſt es natürlich Sache des Vormundes, den inzwiſchen erfolgten Eintritt der merklich beſſeren Vermögensverhältniſſe zu erweiſen. Als Zeitpunkt aber, von welchem an die verhältnismäßige Erhöhung gefordert werden kann, iſt dann nicht erſt die Rechtskraft des diesfalls zuertheilten Beſcheides, ſondern der Moment zu erachten, in welchem dem Verpflichteten mit Rückſicht auf die Beſſerung ſeiner Vermögensverhältniſſe das Anſinnen, erhöhte Alimente zu leiſten, geſtellt ward, ohne daß er ihm nachkam, weil ſchon von da ab eine mora solvendi begründet iſt (Reſer. d. AGerichts v. 16. Novbr. 1860). Zwar iſt hiergegen wohl geltend gemacht worden, daß eine mora ſchon für dieſen Zeitpunkt um deswillen nicht angenommen werden könne, weil der Verpflichtete nicht im voraus wiſſen könne, wie hoch ſich die erſt richterlich zu arbitrirende Erhöhung belaufen werde, mithin erſt mit der Rechtskraft eine Liquidität der Forderung eintrete. Allein dieſer Einwand erſcheint nicht ſtichhaltig, da der Verpflichtete nach dem Maß des bisher Bezahlten und der eingetretenen Vermögensbeſſerung doch immer ſich einigermaßen berechnen kann, wie viel er nunmehr zu zahlen haben werde, und es überdies in der Hand hat, auf alle Fälle durch Depoſition der geſetzlichen Maximalſätze ohne Gefährdung ſeinen Verpflichtungen nachzukommen [63]).

62) Von einer verhältnismäßigen Minderung bei Verſchlechterung der Vermögensverhältniſſe ſpricht das Geſetz nicht. Dieſelbe iſt daher auch nicht zuzulaſſen, da ſie gegen jura quaesita verſtoßen würde. Daß insbeſondere die Erzeugung eines zweiten außerehelichen Kindes nicht auf eine ſolche Minderung der Beiträge für das erſte führen kann, vgl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1845 S. 40.

63) Daß von einmal feſtgeſtellten und fälligen Alimentenbeträgen auch Verzugszinſen gefordert werden können, darüber ſ. Ackermann in der Zeitſchr. f. Rechtsſ. u. Verw. N. F. II S. 512, X S. 483.

Digitized by Google

Als ein Mittel, von der Alimentationspflicht sich zu befreien, spricht die Const. jedoch gleich andern Gesetzen dem Stuprator das Recht zu, wenn er nur sonst die Fähigkeit dazu besitzt, das Kind selbst zu erziehen, zu unterrichten, zu verpflegen und ihn ein Gewerke zu lehren, oder auch alles dieses durch andere verrichten zu lassen (§§. 58 und 59 a. E). Dies Selbsterziehungsrecht ist für das erste Lebensjahr des Kindes durch den Willen der Mutter beschränkt. Auf diese Zeit muß es der Mutter, wenn sie es verlangt, gegen Erstattung der Alimentationsgebühr unbedingt überlassen werden, sie kann sich aber auch während dieses Jahres dieser Überlassung nicht einmal entziehen, wenn die Andern, denen die Versorgung gesetzlich obliegt, das Kind ihr überlassen wollen. Nach zurückgelegtem ersten Lebensjahre kann die Mutter das Kind nur dadurch sich erhalten, wenn sie sich anheischig macht, es auf eigene Kosten zu erziehen und zu verpflegen, mithin den Stuprator der Alimentationspflicht entläßt. Andere Verwandte mütterlicher Seite können dagegen, wenn sie sich gleich zu der Versorgung des Kindes auf ihre alleinigen Kosten anheischig machen, den Vater dennoch wider seinen Willen nicht nöthigen, ihnen das Kind zu überlassen. Nur wenn der außereheliche Vater von so schlechter Aufführung wäre, daß ihm die Erziehung desselben nicht zu überlassen oder nach dem Ermessen der „Obrigkeit" eine nachtheilige Behandlung oder Verwahrlosung des Kindes zu befürchten wäre, hat die Obrigkeit die Befugnis, das Kind der Mutter, oder, wenn auch diese in gleichem Falle wäre, einer andern Person auf Kosten des Vaters zur Erziehung anzuvertrauen.

In Praxi haben aber gerade diese Bestimmungen manche Zweifel und Differenzen hervorgerufen. Eine authentische Interpretation vom 21. April 1843 liegt darüber vor, daß die letzterwähnte Frage über die Fähigkeit des Vaters zur Erziehung seines außerehelichen Kindes nicht in dem Proceß-, sondern im Verwaltungswege durch die betreffende Vormundschaftsbehörde (vorbehaltlich der Berufung auf die zweitinstanzliche Entschließung der competenten Oberbehörde, bezüglich des Recurses an die höchste Stelle) zur Erörterung und Entscheidung zu bringen ist, dergestalt, daß letztere nur in ihren Wirkungen bei der Civilverhandlung zu berücksichtigen und in diesem Falle der anhängige Civilproceß bis zur definitiven Erledigung jener Zwischenfrage zu sistiren ist (G.S. v. 1843 S. 12). In vielen Fällen hat ferner das H. AGericht auf diesfalls erhobene Zweifel auch hierbei erkannt, daß es für die Geltendmachung des Selbsterziehungsrechts für den außerehelichen Vater nicht eines besondern Vorbehaltes in dem die Alimentationspflicht festsetzenden Bescheide bedürfe, weil dieser Vorbe-

Digitized by Google

halt als selbstverständlich zu achten sei (z. B. Rescr. v. 4. Juli 1857; v. 1861 zu Nr. 92; v. 1862 zu Nr. 42)[64]), ebenso daß auch ein über die Höhe der Alimentationssätze abgeschlossener gerichtlicher oder außergerichtlicher Vergleich das Zurückkommen des außerehelichen Vaters auf dies Recht nicht ausschließe (z. B. Rescr. v. 22. Oct. 1845; v. 1853 zu Nr. 644); endlich auch, daß der außereheliche Vater selbst in der Executionsinstanz das Anerbieten zur Selbsterziehung als einen die fernere Geltendmachung von Alimentationsansprüchen hemmenden Einwand geltend machen dürfe, wobei nur, um die Verweisung desselben zur besondern Reconvention zu verhüten, für dies Proceßstadium freilich mit Rücksicht auf §. 197 des Gesetzes über den unbestimmten summarischen Proceß vorauszusetzen ist, daß das fragliche Anerbieten auch gleich in Liquidität versetzt werde (z. B. Rescr. v. 1857 zu Nr. 144; Rescr. v. 1859 zu Nr. 201). Bestritten ist aber außerdem namentlich, wie weit die Erfordernisse des Anerbietens zur Selbsterziehung zu erstrecken sind, damit dasselbe den rechtlichen Effekt zu einer Sistirung der Alimentationsverbindlichkeit erlange. Manche Unterbehörden sind in dieser Hinsicht so weit gegangen, daß sie gleich bei der Geltendmachung des Selbsterziehungsrechtes die Beibringung einer obrigkeitlichen Bescheinigung darüber, daß der außereheliche Vater auch die Fähigkeit zur Selbsterziehung des Kindes besitze, verlangt, ja daß sie einen Streit darüber als überhaupt nicht zu ihrer Competenz gehörig von sich abgelehnt haben. Eine solche Behandlung der Sache findet indessen weder in der Const., noch in der authentischen Interpretation v. 21. April 1843 einen genügenden Grund. Der Vater, welcher das Kind zur Selbsterziehung übernehmen will, hat offenbar zunächst die Präsumtion für sich, daß er die Fähigkeit, ein Kind zu erziehen, besitze, da dieselbe besondere Qualificationen nicht voraussetzt, und er hat daher abzuwarten, ob gegen seine Befähigung von der andern Seite Ausstellun-

64) In einem Rescr. v. 29. Oct. 1851 wurde darüber ausgesprochen: „Die in §. 59 d. Const. begründete Befugnis des Vaters, das außereheliche Kind nach vollendetem 1. Lebensjahre selbst zu erziehen und zu alimentiren, erscheint als ein selbständiges Recht, worauf die in einem Alimentenproceſſe zu ertheilende Entscheidung sich so lange nicht zu erstrecken hat, als der verklagte Vater darauf keine Beziehung genommen hat. Von diesem Rechte aber schon in dem Alimentenproceſſe vor der Bescheidsertheilung einredeweise Gebrauch zu machen, dazu gibt es eben wegen der Selbständigkeit des fraglichen Rechtes für den verklagten alimentenpflichtigen Schwängerer überall keine Verbindlichkeit. Es tritt hinzu, daß der Erzeuger oft sich nicht in der Lage befinden wird, von dem fraglichen Rechte schon während der proceſſualischen Hauptverhandlung Gebrauch machen zu können, z. B. wenn hinsichtlich eines noch nicht gebornen Kindes, oder noch innerhalb des ersten Lebensjahres des Kindes auf Alimente geklagt wird, oder wenn der Verklagte zur Zeit des Alimentenstreites noch nicht für fähig zur eigenen Erziehung des Kindes erachtet werden kann."

Digitized by Google

gen erhoben werden; erst dann hat die Entscheidung über diese Anstellungen, die als Exceptionen zu betrachten sind, von der Vormundschaftsbehörde zu erfolgen. Die authent. Interpretation v. 21. April 1843 enthält nur eine Erklärung darüber, welche Behörde unter der „Obrigkeit" zu verstehen sei, in deren Ermessen nach dem Schlußsatz des §. 59 der Const. die Entscheidung über die Befähigung des Vaters zur Selbsterziehung gestellt ist. Sie bezeichnet diese Frage selbst als eine Zwischenfrage, deren Entscheidung in ihren Wirkungen bei der Civilverhandlung zu berücksichtigen ist, weshalb der Proceßrichter allerdings den anhängigen Civilproceß bis zur Erledigung der Zwischenfrage einstweilen zu sistiren haben wird. Dagegen findet sich in jener authent. Interpretation nirgends ein Anhalt dafür, daß wegen der Competenz zur Entscheidung dieser Zwischenfrage der betreffenden Obervormundschaftsbehörde die Competenz zur Entscheidung des bezüglichen Rechtsstreites selbst übertragen sei, und es läßt sich dies auch um so weniger annehmen, als bei diesem Streite noch gar manche andere Fragen, als die über die bloße Befähigung, in das Spiel kommen können (Reser. zu Nr. 125 und 373 v. J. 1861). Andere Zweifel sind darüber erhoben worden, ob es genüge, daß der außereheliche Vater sich *erboten* habe, das Kind zur Selbsterziehung zu übernehmen, und es dann Sache der Mutter sei, ihm das Kind zu überbringen, oder ob der Vater auch in reeller Weise sich zur Übernahme offerirt und wirkliche Anstalten getroffen haben müsse, das Kind selbst abzufordern und abzuholen. Das H. AGericht hat sich in dieser Beziehung stets für das letztere entschieden, indem man davon ausgehen zu müssen glaubte, daß das Recht zur Erziehung und Unterhaltung des Kindes zunächst der Mutter zustehe, mithin es ihr nicht zugemuthet werden könne, selbst etwas zur Auflösung dieses Verhältnisses vorzunehmen, wenn dies Recht ausnahmsweise auf andere übergehe. In Betreff der Frage, ob es genüge, wenn der von seinem Rechte zur Selbsterziehung Gebrauch machende außereheliche Vater sich deshalb auch nur an die Mutter und nicht an den Vormund wende, ist in einem frühern Falle dahin entschieden worden, daß sowohl dem einen, als dem andern Anerbieten gleicher Liberationseffekt beizumessen sei. (Reser. zu Nr. 644 v. J. 1853.) In neuerer Zeit (Reser. zu Nr. 292 v. J. 1857, Nr. 70. v. J. 1860) hat sich das H. Appellationsgericht jedoch der Ansicht zugewendet, daß das Anerbieten mit Liberationseffekt zunächst nur an den Vormund zu geschehen habe, da dieser allein der gesetzliche Vertreter des Kindes ist, daß daher aber auch seine ablehnende oder zustimmende Entschließung entscheidet. Es ist dabei freilich seine Pflicht, sich mit der Mutter des Kindes vorher in gehöri-

Digitized by Google

ges Einverständnis zu setzen, um nicht dieser gegenüber einer Verantwortlichkeit ausgesetzt zu sein, wenn dieselbe etwa wider den Willen des Vormundes von ihrem Rechte der Selbsterziehung auf eigene Kosten Gebrauch machen will. Entsteht in dieser Beziehung zwischen Mutter und Vormund ein Conflikt, so wird der Vormund zwar berechtigt sein zu verlangen, daß die Mutter ihm den Besitz der genügenden Mittel nachweise, um das Kind wirklich ohne die vom Stuprator zu leistenden Beiträge zu erziehen; ist aber dieser Nachweis erbracht, so würde der Vormund sich allerdings verantwortlich machen, wenn er dennoch in die Überlassung an den Stuprator willigen sollte. Umgekehrt kann aber danach auch dem Kinde das Recht, von seinem außerehelichen Vater den Alimentationsbeitrag zu fordern, noch nicht als verloren gelten, wenn nur die Mutter und noch nicht zugleich der Vormund dem Verlangen des Stuprator auf Überlassung des Kindes gegenüber den Willen, daß das Kind bei der Mutter bleibe, ausgesprochen hat. Denn das diesfallsige Recht der Mutter hat nothwendig zur Voraussetzung, daß zuvörderst auch die Rechte des Kindes gewahrt bleiben, und hierüber hat zunächst der Vormund Entschließung zu fassen. Nicht begründet ist die Annahme, daß der Vater, wenn er das unehelich erzeugte Kind entweder zur eigenen Erziehung und Unterhaltung übernimmt oder sich entschließt, es andern, als der Mutter, auf seine Kosten zur Erziehung zu übergeben, auf diese Erziehung nicht weniger aufwenden dürfe, als was er früher dem Vormunde zu geben verurtheilt worden ist. Auch die Mutter kann nicht für verbunden erachtet werden, ihrem Kinde eine bessere Erziehung, als Kinder der gemeinen Klasse zu erhalten pflegen, zu geben, wenn auch der reichere Vater mehr gibt, als er zu geben haben würde, falls er weniger bemittelt wäre; um so weniger läßt sich dies bei dem außerehelichen Vater annehmen, wenn er das Kind zur Selbsterziehung übernimmt. Der Vater kann hiernach, indem er von dem ihm verstatteten Rechte Gebrauch macht, möglicherweise einen Gewinn ziehen; allein dieser Gewinn ist kein widerrechtlicher (Reser. zu Nr. 810 v. J. 1860).

II. Hinsichtlich des Familienstandes disponirt §. 60 der Const., daß uneheliche Kinder weder in die Familie des Vaters, noch auch der Mutter treten; sie gehören in allen Fällen zu der gemeinen Klasse der Einwohner ihres Wohnorts und haben, im Falle eines oder das andere ihrer Eltern einem hierüber sich erhebenden Stande angehören sollte, doch keinen Anspruch auf diesen Stand. Sollte daher der Geschlechtsname, den das Kind nach einem seiner Eltern mit dessen Zufriedenheit bekommt, ein adeliger sein, so ist alles davon wegzulassen, was diesen Stand bezeichnet.

Digitized by Google

Über die Art der Bestimmung dieses Zunamens hat die Gesetzgebung in Altenburg mehrfach gewechselt. §. 60 der Const. disponirte, daß diese Bestimmung stets gerichtlich, und zwar bei derjenigen Obrigkeit zu geschehen habe, welcher die Obergerichte in Ansehung der Mutter zuständen. Das Gesetz über Aufhebung der Schwächungsstrafe vom 1. Septbr. 1849 (S. 204 d. GS. v. 1849) wies in §. 7 alle im öffentlichen und Kommunalinteresse erforderlichen Anordnungen des §. 60 und damit auch die Bestimmung über den Zunamen, wie dies eine Verordnung des H. Consistorium vom 22. Juli (S. 83 d. GS. v. 1852) auch noch besonders deklarirte, den Polizeibehörden zu (vgl. auch §. 12 d. Taufordnung v. 11. April 1854, S. 137 d. GS. v. 1854). Durch eine neuere Verordn. v. 10. Dec. 1859 §. 3 (S. 180 f. d. GS. v. 1859) sind die gedachten Competenzen aber wieder den zur Bevormundung des geborenen Kindes zuständigen Gerichtsbehörden, denen ohnehin wegen Übernahme der sonstigen rechtspolizeilichen Fürsorge für das Kind immer Notiz zu ertheilen ist (§. 11 d. Ges. v. 1. Sept. 1849), übertragen worden. Als Name des Kindes ist zunächst der Name der Mutter zu wählen, wenn sie dies wünscht; will die Mutter, daß das Kind den Namen des Vaters erhalte, so ist dieser zu nehmen, wenn die Mutter noch die Einwilligung des Vaters beibringt. Vermag sie dies nicht und will sie auch ihren eigenen Namen dem Kinde nicht beigelegt haben, so gibt die Gerichtsbehörde dem Kinde den Namen, wobei ihr nur zur Pflicht gemacht ist, dafür Sorge zu tragen, daß dadurch keinem Dritten ein Nachtheil entstehe[65]).

Die Erbrechte der unehelichen Kinder gegenüber dem außerehelichen Vater, wie gegenüber ihrer Mutter und den mütterlichen Verwandten, über welche §. 61 u. 62 der Const. disponirt, regeln sich gegenwärtig nicht mehr hiernach, sondern nach den Bestimmungen des neuen Intestaterbgesetzes vom 6. April 1841, §. 20 u. 21 (S. 67 d. GS. v. 1841). Doch stimmen diese neueren Vorschriften mit denen der Const. und dem gemeinen Recht im wesentlichen überein. Unehelichgeborene jeder Art, also auch die im Ehebruch und Incest erzeugten, haben ein Erbrecht am Vermögen ihrer Mutter und mütterlichen Verwandten, so weit diese auch von Ehelichgeborenen beerbt werden können, gleichviel ob sie allein vorhanden sind oder mit ehelichen Verwandten zusammentreffen. Am Nachlasse des Vaters gebührt den Unehelichgeborenen, ohne Rücksicht auf ihre Zahl oder Geburt von einer oder mehreren Frauenspersonen, nur ein gesetzliches Erbrecht auf

65) Über die hierbei anzulegenden Bücher vgl. noch S. 108 d. GS. v. 1859; über die Einträge der Namen in den Kirchenbüchern S. 52 d. 3. B.S. u. S. 137 (§. 12) d. GS. v. 1854.

Digitized by Google

ein Sechstheil, wenn keine Pflichttheilsberechtigte vorhanden sind, auch der Vater sonst nicht über den Nachlaß verfügt hat und die Vaterschaft schon bei Lebzeiten des Vaters entweder durch sein Anerkenntnis oder rechtskräftige Entscheidung festgestellt ist. Bei Brautkindern kann dies Erbrecht unter Umständen bis zu einem Drittheil und selbst zu einem vollen Kindestheil ansteigen (§. 23 d. Intestaterbgef.). Umgekehrt gebührt auch dem Vater am Nachlaß des unehelichen Kindes ein Erbrecht auf ein Sechstheil, bei Brautkindern ebenfalls in der Regel auf ein Drittheil (vgl. das Nähere §. 28 d. Intestaterbgef.)

III. In Ansehung des bürgerlichen Zustandes führt §. 65 d. Const. als Rechte des Kindes nur deren völlige Gleichstellung mit den ehelich Geborenen unter der Verordnung auf, daß zur Verhebung jeder Unrichtigkeit (ad effectum delendae maculae) allen Uneheligeborenen im voraus durch allgemeine Disposition die legitimatio minus plena ertheilt und ihre Zulassung in alle Zünfte und Innungen verfügt worden ist. Es sind ihnen hierunter somit nicht besondere privatrechtliche Ansprüche gegen bestimmte Personen verliehen, sondern nur die früheren Mängel ihrer allgemeinen Rechtsfähigkeit beseitigt worden. Indem aber die Const. diese Gleichstellung nichtsdestoweniger mit den rein obligatorischen Ansprüchen wider den außerehelichen Vater ꝛc. auf eine Linie stellt, und als eine mit jener gleichgestaltete Unterart aufführt, tritt damit wieder die schon in §. 3 gemachte Bemerkung hervor, wie sehr die Const. in ihrer inneren Anordnung richtig logische Grundsätze vermissen läßt[66]).

Eine besondere Hervorhebung verdienen aber noch diejenigen Bestimmungen der Const., welche sich auf das Verhältnis mehrerer Constupratoren[67]) und auf die Frage beziehen, in wie weit die Alimentationspflicht auch auf die Erben eines Schwängerers übergehe, indem in beiden Beziehungen die Const. mehrfache eigenthümliche Bestimmungen enthält, die in ihrer Auslegung und Anwendung Schwierigkeit gemacht haben.

Das ersterwähnte Verhältnis wird von der Const., getreu der überall sie beherrschenden, der älteren sächsischen Rechtsauffassung ent-

66) Über die Voraussetzungen und rechtlichen Folgen einer legitimatio per rescriptum principis und per subsequens matrimonium vgl. §§. 64 u. 65. d. Const. vgl. mit §. 18 f., §§. 24—27 d. Intestaterbgesetzes.

67) Hierbei ist immer nur an mehrere außereheliche Beischläfer zu denken. Für ein während der Ehe concipirtes und geborenes Kind, für dessen Status die nur durch den Beweis physischer Unmöglichkeit der präsumirten Zeugung zu beseitigende Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant entscheidend ist, kann der adulter nicht als Constuprator gelten. Vgl. Zeitsch. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XXI S. 458 f. Höpfner, Beiträge z. civil. Praxis, Bd. I S. 262 Not. 9.

Digitized by Google

sprechenden Annahme von der Natur der fraglichen Verbindlichkeiten als einer Deliktsobligation, auch hierbei als ein solidarisches aufgefaßt; die mehreren Mannspersonen, welche mit der Frauensperson in so kurzer Zeit hinter einander Beischlaf gepflogen haben, daß schlechterdings nicht bestimmt werden könnte, aus welchem Beischlaf das nachher geborene uneheliche Kind entstanden sei, sind nach §. 59 al. 6 in solidum verbunden, das Kind zu erziehen, zu verpflegen und zu versorgen. Daß im Geiste der Const. die exceptio plurium constupratorum dem Alimentenanspruch des Kindes gegenüber keine Wirkung haben kann, versteht sich hiernach von selbst[68]) und wird durch die Worte der Const. auch noch weiter bekräftigt. Der Vormund soll einen jeden der Stupratoren nach seiner Wahl in Klage nehmen, auch wenn er gegen die eine Person nichts ausrichtet, sich an die andere wenden können, der Richter aber soll gehalten sein, den Beklagten alle Zeit zu dem Ganzen zu verurtheilen. Nach den Worten der Const., welche die diesfallsige Bestimmung so einkleiden, daß die Verbindlichkeit in solidum eintreten soll, wenn eine Weibsperson in so kurzer Zeit hinter einander mit mehreren Mannspersonen „geständiger Weise" Beischlaf gepflogen habe, daß ꝛc., ist nun mehrfach zwar der Versuch gemacht worden, die solidarische Verbindlichkeit des Constuprator auf den Fall vorliegenden Geständnisses der Frau zu beschränken; allein offenbar hat die Const. des Geständnisses nur als der regina probationum und als des gewöhnlichen Mittels, das den Vormund meist allein veranlassen wird, einen Zweiten als Constuprator zu belangen, gedacht, ohne damit aber den Fall ausschließen zu wollen, wo der Beweis der Constupration noch auf andere Weise herzustellen ist. Zweifelhaft ist ferner der Sinn der Worte: „wenn er (der Vormund) gegen die eine (Mannsperson) nichts ausrichtet", gemacht worden. Man hat mit Beziehung darauf namentlich darüber disceptirt: ob der Vormund auch dann, wenn er einmal gegen einen Stuprator siegreich gewesen oder mit demselben auf einen Vergleich sich abgefunden habe, noch gegen einen andern Stuprator klagend auftreten könne, und eventuell welche Nachweise ihm alsdann anzusinnen seien. Die Entscheidung hierauf muß auch hier der an die Spitze gestellten solidarischen Natur des Verhältnisses entnommen werden. Man hat dabei davon auszugehen, daß bei bloß solidarischen Verbindlichkeiten — und von solchen allein, nicht von einem Correalverhältnis spricht die Const. — erst bloß diejenigen Ereignisse einen zerstörenden Einfluß auf das gesamte obligatorische Rechtsverhältnis äußern, welche eine wirkliche Befriedigung des betreffenden Gläubi-

68) Schröter, in Linde's Zeitschr. Bd. IV S. 314. Seuffert, Archiv. f. Entsch. Bd. IX Nr. 167, Bd. X Nr. 171.

Digitized by Google

gers herbeiführen, und lediglich hierauf geht auch offenbar der Zweck der hier fraglichen Bestimmung. Dieselbe hat jedenfalls den unehelichen Kindern zu einer möglichst gesicherten reellen, nicht bloß formellen Befriedigung verhelfen wollen. Ein bloßer Vergleich, ein verurtheilender Bescheid kann daher den andern Constuprator von seiner Mitverhaftlichkeit an sich noch nicht befreien; man kann nicht annehmen, daß der Vormund schon etwas ausgerichtet habe, wenn es noch ganz ungewiß ist, ob das Kind dasjenige, was ihm nach dem Urtheile oder Vergleiche der eine Constuprator zu leisten schuldig ist, auch wirklich erhält. Insofern aber die Verbindlichkeit jedes Constuprator schon aus dem Faktum des Beischlafs intra tempus congruum als eine für sich selbständig erwachsene Obligation hervorgeht und die solidarische Mitverhaftlichkeit eines andern nur in der Wirkung beruht, daß die Befriedigung seitens des einen auch als Befriedigung des andern gilt, folgt zugleich weiter, daß es nicht Sache des Vormundes ist, bei seiner Klage gegen noch einen andern Stuprator anzuführen, daß er von dem ersten Befriedigung nicht erlangt habe, sondern daß der andere Stuprator durch schlüssige Thatsachen zu beweisen hat, es sei dem Kinde bereits von einem Constuprator eine entsprechende Befriedigung seiner Verbindlichkeit zu Theil geworden [69]). Dieselben Rücksichten müssen dazu führen, die Frage, ob ein Vormund, welcher von einem ärmeren Stuprator bereits die seinen Verhältnissen entsprechenden praestanda für das Kind erlangt hat, wenn er später erfährt, daß noch ein anderer, reicherer Mann in derselben Zeit mit der Mutter des Kindes fleischlich zu thun gehabt habe, auch noch gegen diesen klagend auftreten könne, um auf diese Weise höhere Sätze zu erlangen, zu bejahen. Der wohlhabendere zweite Stuprator kann sich mit der erlangten geringeren Befriedigung durch den ersten Stuprator um so weniger schützen, als die Alimentationsverbindlichkeit der Stuprato ren nach der Altenb.-Const. durchaus keine subsidiäre Natur hat und selbst bei dem ärmeren Stuprator das Verlangen nach einer Erhöhung der Sätze gerechtfertigt gewesen wäre, sobald er in bessere Vermögensumstände gekommen sein würde. Da die mehreren Constuprato ren nicht plures correi ejusdem obligationis, sondern nur aus mehreren selbständigen Obligationen in solidum verpflichtet sind, bei dem reicheren Constuprator aber die Obligation einen die Obligation des ärmeren Constuprator übersteigenden Inhalt hat, so kann die Befriedi-

69) So wurde auch vom H. Appellationsgericht in einem Reser. v. 18. April 1857 erkannt. Vgl. auch Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XVIII S. 345, XX S. 545.

Digitized by Google

gung von Seiten des ärmeren Stuprator für die Obligation des reicheren nur eine theilweise Aufhebung bewirken.

Die Const. gestattet jedoch jedem verurtheilten Stuprator, gegen andere Constupratoren einen Rückanspruch zu nehmen, und zwar ohne daß es dieserhalb einer vorausgegangenen Streitverkündigung bedarf. Es macht dieselbe also insoweit von der gemeinrechtlich bei bloß solidarischen Verbindlichkeiten bestehenden Regel, daß ohne Hinzutritt besonderer obligatorischer Gründe dem einen Schuldner ein Regreßrecht auf antheilige Übertragung des Gezahlten an die übrigen solidarischen Schuldner nicht zusteht (Puchta, Pand. §. 235 a. E.; v. Vangerow, Leitfaden §. 573 Anm. 3; vgl. auch Busch a. a. O. S. 332; Gett a. a. O. S. 135), wiederum eine Ausnahme. In Betreff der näheren Voraussetzungen dieses Rückanspruches läßt die Const. aber von neuem die nöthige Klarheit und Präcision sehr vermissen. Faßt man nur die Worte des Gesetzes („in diesem Falle") in das Auge und berücksichtigt man weiter die exceptionelle Natur der Gestattung eines solchen Rückanspruches, so kann leicht die Meinung erregt werden, daß nur einem in zweiter und folgender Linie, nachdem gegen andere nichts ausgerichtet worden war, angegriffenen und wirklich verurtheilten Constuprator dieser Regreß habe gestattet werden sollen. Allein einer so strengen Wortauslegung widerstrebt, daß sich für eine derartige Beschränkung, bei einmal erfolgter Anerkennung des Regreßrechts, kaum ein denkbarer Grund finden läßt. Aus diesem Grund wird man daher keinen Anstand nehmen dürfen, den Rückanspruch auch wider solche Constupratoren, die von dem Vormund selbst gar nicht angegangen worden sind, und ebenso dann zu gestatten, wenn die Verbindlichkeit des den Regreß nehmenden Stuprators nur durch Vergleich oder durch gerichtliches Zahlungsversprechen festgestellt war[70]). Es kann dies um so weniger einem Bedenken unterliegen, als nach Altenb. Rechte alle Alimentationsvergleiche der obervormundschaftlichen Genehmigung unterliegen[71]). Daß der Rückanspruch auch hier nicht bloß auf den Fall zu beschränken ist, wenn das factum constuprationis durch Geständnis der Geschwächten erwiesen ist, bedarf nach dem, was schon vorher über den Grund der Hervorhebung des Geständnisses nur als des vorzüglichsten Beweismittels bemerkt worden ist, keiner weiteren Darlegung. Dagegen läßt die Const. darüber wieder ganz im Stiche, wie ein derartiger Re-

70) Ebenso erkannte über eine ähnliche, beschränkte Fassung des Kön. Sächs. Mand. v. 12. Novbr. 1828 §. 5 das OAGericht Dresden. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1862 S. 114 ff.

71) Circularverordnung v. 14. Febr. 1809 §. 2 (S. 513 d. 3. B. S.); §. 67 d. Const.

Digitized by Google

greßanspruch zu begründen sei, und ob es namentlich in dieser Hinsicht zur Substantiirung der Klage genügt, wenn der Stuprator sich bloß auf die dem Kinde resp. dessen Vormunde gegenüber erfolgte Verurtheilung [72]) beruft, oder ob dazu auch erforderlich ist, daß er auch der Verurtheilung Genüge geleistet habe. Die Praxis des H. AGerichts hat hierüber geschwankt. In der früheren Zeit ist besonders mit Rücksicht darauf, daß ohne die Voraussetzung bereits erfolgten baaren Verlags der Regreß leicht zu einer unbilligen Bevortheilung des andern Constuprator führen kann und bei einem ähnlichen Regreß (§. 55 d. Const.) das „in Rückanspruch nehmen" ausdrücklich nur auf eine Wiedererstattung des gehabten Aufwandes bezogen ist, das Erforderniß einer Bezugnahme auf bereits erfolgten baaren Verlag für nothwendig erachtet worden (z. B. in e. Rescr. v. 15. Oct. 1852); in neuerer Zeit ist an diesem Erfordernisse nicht mehr festgehalten worden, da, wie Höpfner, Beiträge z. civ. Prax. Bd. I S. 264 nicht ohne Grund bemerkt, alsdann die Regreßklage, wenn sie ihren Zweck vollständig erfüllen soll, entweder erst nach vollendetem 14. Lebensjahre angestellt werden dürfte oder einem hartnäckigen Constuprator gegenüber bei jedem Alimententermin wiederholt werden müßte. Ebensowenig gibt die Const. darüber nähere Andeutung, wie es zu halten sei, wenn nicht bloß ein, sondern mehrere Constuprator vorhanden sind. Es erhebt sich dann die Frage, ob gegen diese mehreren Constuprator zusammen pro rata geklagt werden dürfe, oder jeder einzelne für sich zu belangen sei. So nahe das erstere zu liegen scheint, und so eigenthümliche Verwickelungen wieder aus dem gegentheiligen Verfahren entstehen können, so wird man sich doch gegen eine derartige Verbindung erklären müssen, weil ein innerer Zusammenhang der verschiedenen Obligationen in der That nicht besteht und daher nur eine unzulässige subjektive Klagenkumulation entstehen würde. Es ist dabei noch zu bedenken, daß nach den verschiedenen Vermögensverhältnissen das Maß des Regreßanspruches gegen die verschiedenen Constuprator sich in sehr abweichender Höhe bemessen kann (vgl. Höpfner a. a. O. S. 264). Die Verhandlung über derartige Regreßansprüche hat übrigens, da dieselben sich nicht als eigentliche Alimentationsklagen darstellen, auch bei ihnen der Grund, den §. 66 der Const. für die Verhandlung der letzteren im summarischen Proceßwege angibt, nicht zutrifft, bei einem ordinarischen Betrag im Wege des Ordinarprocesses zu erfolgen (Rescr. zu Nr. 39 v. J. 1861) [73]).

72) Über die Formirung einer solchen Regreßklage bei vergleichsweise erfolgter Feststellung des Alimentenanspruchs s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1862 S. 114 ff.

73) Regreßansprüche, welche eine Gemeinde gegen einen Stuprator geltend

Digitized by Google

Der Übergang der Alimentationsverbindlichkeit auf die Erben des Stuprator[74]) ist insofern durch die Const. ganz eigenthümlich normirt, als dabei wesentliche Unterschiede gemacht worden sind, je nachdem die Erben in ehelichen Descendenten des Stuprator bestehen oder nicht, ferner je nachdem dieselben bereits erzogen oder noch nicht erzogen sind und die Nutzungen des hinterlassenen Vermögens zu dieser Erziehung ausreichen oder nicht. Völlig unbeschränkt ist der Übergang der Alimentationspflicht auf die Erben nur da, wo die Erben nicht zugleich eheliche Descendenten des Stuprator sind (§. 56 alin. 1, §. 61 d. Const.). Hier kann die Befriedigung, bei Unzulänglichkeit der jährlichen Einkünfte des Nachlasses, auch aus der Substanz des Vermögens verlangt werden. Sind aber eheliche Kinder oder Enkel vorhanden, so sollen dann die Leistungen bloß von den Nutzungen des Nachlasses genommen werden und die letzteren nicht übersteigen dürfen. Wären endlich alle ehelichen Kinder oder Enkel oder wenigstens einige derselben noch unerzogen, und die Nutzungen des Nachlasses zu ihrer aller Erziehung nicht hinreichend, so ist die Einrichtung so zu treffen, daß ohne Rücksicht auf die im §. 56 bestimmten Ansätze jedem unehelichen Kinde gerade halb so viel, als einem ehelichen ausgesetzt werde (§. 61 alin. 1 u. 2 der Const.). Es begreift sich leicht, daß auch diese Bestimmungen wieder zu einer Menge Zweifeln Veranlassung haben geben müssen. Abgesehen davon, daß §. 61 cit. nicht einmal klar zu erkennen gibt, ob die Beschränkungen der Alimentationsverbindlichkeit nur eintreten sollen, wenn die ehelichen Kinder auch Erben geworden sind, oder ob dazu schon das Vorhandensein derselben genügt (die Worte deuten auf das letztere, dem Sinne und allgemeinen rechtlichen Grundsätzen nach wird man das erstere annehmen müssen), daß ferner die Verweisung auf §. 56 sich als eine offenbar irrthümliche erweist[75]), wird die Durchführung eines derartigen Anspruchs wider die eheliche Descendenz des Stuprator immer dadurch aufs äußerste erschwert bleiben, daß ein so großes Gewicht auf den schwer zu bestimmenden Unterschied zwischen Substanz und Nutzungen des Nachlasses, sowie zwischen Zureichendheit oder Unzureichendheit der Nutzungen für die Erziehung der ehelichen Kinder gelegt worden ist. Weitere Schwie-

macht, weil sie der Mutter und dem Kinde als armen Personen Alimente gewährte, sind dagegen nach §. 107 des Ges. v. 9. Aug. 1833 (GS. S. 152) immer nur im Wege des unbestimmten summarischen Processes zu verhandeln.

74) Vgl. über Kön. Sächs. Recht Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. II S. 506 ff.; III S. 81 ff.; IV S. 4; Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1842 S. 217, 1843 S. 341.

75) Allem Vermuthen nach ist §. 58 gemeint. Der Fehler findet sich schon in der Gothaischen Const.

Digitized by Google

rigkeiten werden dadurch bereitet, daß die Antheile der Kinder am Nachlaß in Folge Testaments oder beim Zusammentreffen von Kindern, Enkeln und Descendenten möglicherweise ganz verschiedene sind. Nichtsdestoweniger muß es nach civilprocessualischen Grundsätzen zuvörderst als Aufgabe des Klägers erachtet werden, dem Richter die nöthigen factischen Unterlagen zur Entscheidung und zwar gleich mit der Alimentationsklage zu beschaffen, da die Eröffnung eines besondern Liquidationsverfahrens, in welchem etwa der Bestand des Nachlasses und der danach zu bemessende Umfang der Alimentationsverbindlichkeit noch näher eruirt werden könnte, nach §. 90 des Gesetzes über d. unbest. summar. Proceß als schlechthin unstatthaft zu gelten hat. In einem neuerdings vorgekommenen Falle (Reser. v. 2. April 1862) hat das H. AGericht deshalb den Satz aufgestellt, daß der Vormund diesfalls mit seiner Klage sofort die bestimmte Behauptung des Erbschaftsantritts der ehelichen Kinder, die Angabe der ihnen zustehenden Erbportionen, sowie eine genaue Angabe des Nachlaßbestandes mit Scheidung der Substanz und der wirkliche Nutzungen (Zinsen, Pachtgelder, sonstige regelmäßige Einkünfte) tragenden Objekte zu verbinden habe, wenn er es nicht vorziehen will, die Erben vorerst mittelst einer präparatorischen Klage auf eine Specification des Nachlasses zu belangen, auf die dann Bezug genommen werden kann.

§. 5.

Schon in dem Vorstehenden sind mehrfach neben den materiellen Rechtsbestimmungen auch civilprocessualische mit zu berühren gewesen. Die Const. führt selbst darauf hin, indem sie Vorschriften von beiderlei Art untermischt und neben einander vorbringt.

Speciell auf die civilprocessuale Geltendmachung der fraglichen Ansprüche beziehen sich aber noch folgende Sätze:

1. Der §. 66 der Const. disponirt, daß das Verfahren über die Privatansprüche der Geschwächten stets ein solches sein soll, wie die Proceßgesetze in Absicht der ohne Weitläuftigkeit zu behandelnden Angelegenheiten überhaupt vorschreiben. Alle Obrigkeiten sind angewiesen, in diesen Sachen sich der möglichsten Kürze zu befleißigen, weshalb nicht bloß auch ein nur mündliches Anbringen als Klage genügen, sondern auch jede weitere Expedition schon in den nächsten Tagen (Goth.: in 3 Tagen) vorgenommen und die Hauptsache wo möglich sogleich in dem ersten oder doch in dem folgenden Termine entweder durch Vergleich beendigt oder mittelst einer Weisung entschieden werden soll. Gleiches schreibt §. 67 alin. 7 der Const. für den Fall vor, wenn der Vormund genöthigt sein sollte, in Entstehung eines außergerichtlichen Vergleiches die richterliche Hilfe anzugehen. Genauen

Digitized by Google

wird für beide Arten von Ansprüchen das Verfahren durch §. 10 lit. a des Altenb. Ges. vom 7. April 1823 geregelt, nach welchem allgemein alle Dotations- und Alimentationsklagen, ohne Rücksicht auf die geklagte Summe, dem in diesem Gesetz näher festgesetzten Verfahren im unbestimmt summarischen Proceß (vgl. wegen der Alimente übrigens auch schon P. II Cap. 1 §. 2 d. Altenb. Proc.Ordn.) unterstellt worden sind[76]).

In Anwendung des §. 40 des Ges. vom 7. April 1823 bedürfen daher die wegen der Alimentationsansprüche auftretenden Vormünder unehelicher Kinder zum Beginne des Processes auch nicht besonderer obervormundschaftlicher Genehmigung, und dies ist selbst bei solchen Vormündern anzunehmen, welche dem Auslande angehören (Refer. zu Nr. 843 v. J. 1854).

II. Beim Verfahren selbst soll die erste Bemühung des Richters auf einen Vergleich der Parteien gehen. Die Stiftung eines solchen betrachtete nun einmal die conciliatorische, fast patriarchale Natur der damaligen Gesetzgeber als eine der hauptsächlichsten, wo nicht als die erste und vornehmste Aufgabe der Rechtspflege. Für die nothwendige obervormundschaftliche Genehmigung eines in Absicht der Alimente abgeschlossenen Vergleichs enthält die Const. noch mehrere besondere Vorschriften. Ist der Vergleich diesfalls auf eine bloß einmal für allemal zu bezahlende Summe geschlossen worden, so darf er in der Regel nur dann obervormundschaftlich genehmigt werden, wenn die Abfindungssumme so viel beträgt, als die nach der Const. zu gewährenden Prästationen zusammen ausmachen. Ist der Vergleich auf eine Mindersumme abgeschlossen, so darf der Unterrichter nach einem Zusatz der Altenb. Const. seine obervormundschaftliche Genehmigung dazu nur dann ertheilen, wenn sowohl die Eltern und Großeltern der Geschwächten, als auch die interessirte Ortsgemeinde ihre ausdrückliche Zustimmung dazu ertheilen. Sollte diese Zustimmung nicht erlangt werden können, so gestattet die Const. nur noch den Ausweg einer gutachtlichen Berichtserstattung an den Oberrichter, welchem dann erlaubt ist, den mangelnden Consens durch seinen Consens zu ersetzen, vorausgesetzt daß nach allen Gründen der Wahrscheinlichkeit auf dem Rechtswege schwerlich mehr erlangt werden kann[77]). Als solche Wahrschein-

76) Auch solche Do- und Alimentationsklagen, die sich nicht auf den gesetzlichen Verpflichtungsgrund stützen, sondern nur die Geltendmachung der Rechte aus einem über die gesetzliche Verpflichtung bereits abgeschlossenen Vergleich bezwecken, sind hiernach summarisch zu verhandeln. Refer. zu Nr. 337 v. J. 1860.

77) Möglicherweise kann sich hierbei ein Conflikt zwischen den Entscheidungen zweier Oberbehörden ergeben, wenn nemlich die ablehnende Erklärung der Dritten

Digitized by Google

lichkeitsgründe läßt die Const. aber nicht bloß gelten, wenn der außereheliche Vater unbemittelt, sondern auch wenn er der Unzucht noch nicht geständig oder überführt ist.

Nicht selten kommen Fälle vor, in denen derartige Vergleiche noch vor dem Beginne eines Processes, ohne Nennung des Namens des Stuprator, zwischen einem Bevollmächtigten desselben und der Geschwächten, resp. dem Altersvormunde des unehelichen Kindes abgeschlossen und der obervormundschaftlichen Genehmigung unterbreitet werden. Nachdem gegenwärtig der stuprata nach dem Ges. v. 1. Sept. 1849 nicht mehr die Pflicht obliegt, ihren Schwängerer zu benennen, ist ein Hauptgrund, derartigen Vergleichen die Genehmigung zu versagen, hinweggefallen. Die Rücksichten, welche die Vormundschaftsbehörde diesfalls zu nehmen hat, können nur darin bestehen, daß nicht dem Kinde dadurch möglicherweise Status- und Erbrechte entzogen und die Alimentenbeträge niedriger gestellt werden, als die Vermögensverhältnisse des Stuprator dies gestatten. Die letztere Rücksicht fällt natürlich hinweg, wenn die Vergleichssumme die Maximalsätze der Constitution erreicht; ist dies nicht der Fall, wird es hauptsächlich auf eine pflichtgemäße Äußerung des Vormundes darüber ankommen müssen, ob zu erwarten stehe, daß der Stuprator überhaupt eruirt werden kann, und ob, wenn dies der Fall sein sollte, dem unehelichen Kinde dadurch noch wesentliche Vortheile zufließen könnten. Eine absolute Ungiltigkeit solches Vergleiche kann jedenfalls nicht behauptet werden.

III. Gelingt aber ein Vergleich nicht, und sind die Verpflegungsansprüche des Kindes und die Privatansprüche der Mutter gegen eine und dieselbe Person zu richten, so gestattet die Const. §. 67 al. 11 ausdrücklich, daß dann zur Ersparung der Kosten die beiderseitigen Klagen giltig zusammengefaßt (cumulirt) und in einerlei Proceß verhandelt werden können. Diese Verbindung ist jedoch immer nur eine formelle; eine Einwirkung auf das materielle Rechtsverhältnis ist daraus

---

meinde auf eingewendeten Recurs von Herz. Landesregierung bestätigt worden ist, das Herz. Appellationsgericht aber als Vormundschafts-Oberbehörde dennoch befindet, daß das decretum transigendi zu ertheilen sei. Für solchen Fall hat ein höchstes Rescr. v. 10. März 1847 nach eingeholtem Gutachten des OAGerichts zu Jena entschieden, daß die Entschließung Herz. Landesregierung als Gemeinde-Aufsichtsbehörde der Ertheilung des decretum transigendi von Seiten der Justiz-Oberbehörde nicht hindernd entgegentreten könne. Nur soll die letztere diesfalls, wenn sie nicht sofort selbst die Ansicht einer Zurückweisung der gesuchten Vergleichsermächtigung auffaßt, mit Herz. Landesregierung über deren Widerspruchsgründe sich in Einvernehmen setzen und erst alsdann ihren Ausspruch ertheilen — vorbehältlich übrigens des in Vormundschaftssachen immer noch zulässigen Recurses auf landesherrlichen Ausspruch.

Digitized by Google

nicht abzuleiten. Es bleiben deshalb auch die beiderseitigen Proceßrechte, namentlich in Betreff der Versäumnisse und der Restitutionswohlthat, sowie der Beweismittel[78]), der formellen Verbindung in einer Proceßverhandlung ungeachtet, getrennt.

In Übereinstimmung mit dem AGericht Gotha[79]) und dem OAGericht Jena[80]) befolgt deshalb auch das H. AGericht zu Altenburg die Regel, daß, wenn der Beweis des factum stuprationis von einem Erfüllungseide abhängt, derselbe sowohl von der Geschwächten, als von dem Vormunde, von letzterem natürlich nur de credulitate, zu schwören ist und der eine sich diesfalls auf den von der andern bereits geleisteten Eid nicht berufen kann. (Reser. zu Nr. 242 v. J. 1860.) Zwar scheint nach der von Bretschneider (Bd. IX S. 74 dies. Bl.) gegebenen Andeutung das OAGericht Jena von dieser Regel gerade alsdann abgegangen zu sein, wenn die beiderseitigen Ansprüche in einem Proceß verhandelt worden sind; ein genügender Grund dafür läßt sich jedoch nicht erkennen und wird hierorts auch nicht anerkannt. Man hat wohl öfters dafür die Bestimmung der Altenb. POrdn. P. I Cap. 15 §. 6 angezogen, nach welcher, wenn unter Litisconsorten, die über einerlei sie allerseits betreffende Punkte schwören sollen, einer oder mehr, so über 18 Jahr alt, vorhanden, der oder dieselbe für sich und zugleich anstatt der übrigen, so das 18. Jahr noch nicht erreicht, zum Eide zugelassen und sodann die übrigen gänzlich damit verschont werden sollen. Allein das AGericht hat (z. B. in einem Reser. v. 21. Juli 1860) Bedenken getragen, diese Bestimmung hieher zu ziehen, weil, wenn auch Mutter und Vormund des Kindes in derselben Klagschrift ihre bezüglichen Forderungen einklagen, um deswillen immer noch kein eigentliches Litisconsortium, sondern nur eine lediglich zur Ersparung der Kosten ausnahmsweise zugelassene subjektive Klagenhäufung entsteht. Der Annahme eines Litisconsortium steht immer entgegen, daß doch die Ansprüche der Mutter und des Kindes auf

78) Daher ist auch das Zugeständnis der Stuprata, ein anderer, als der Beklagte, sei des Kindes Vater, dem für das Kind Alimente fordernden Vormund gegenüber wirkungslos; vgl. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XV S. 65. Selbst Vergleiche, welche von der Stuprata zugleich über die Alimentenansprüche des Kindes abgeschlossen worden sind, präjudiziren den Klagrechten des Kindes resp. seines Vormundes nicht, Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1846 S. 275 ff. u. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. XIV S. 224, insofern nicht dadurch, daß das Kind später Erbin der Mutter geworden ist, durch den Erbschaftsantritt dem Kinde eine besondere Verpflichtung erwachsen ist, den Vergleich anzuerkennen; Wochenbl. 1844 S. 221 ff.

79) Bretschneider, in d. Bl. f. Rechtspfl. in Thür. Bd. IX S. 73 f.

80) Heimbach, Lehrb. d. partic. Privatrechts §. 116 Not. 6 S. 236.

Digitized by Google

ganz verschiedenem Fundamente beruhen und auf völlig verschiedene Leistungen gerichtet sind — ganz abgesehen davon, daß die Berufung auf diese Stelle immer noch kein allgemeines Recht für alle Fälle schaffen, sondern für jeden einzelnen Fall erst die Feststellung des Alters der stuprata voraussetzen würde. Ebendeshalb kommt auch die Restitutionswohlthat, wenn sie auch für das unmündige Kind etwa begründet sein sollte, ungeachtet der bei res individuae den Litisconsorten diesfalls eingeräumten Begünstigung der stuprata nicht ohne weiteres zu Gute, was um so wichtiger ist, da nach §. 82 des Ges. vom 7. April 1823 für den unbestimmten summarischen Proceß der Gebrauch dieser Wohlthat überhaupt nur auf minderjährige Personen eingeschränkt ist.

IV. Bestritten ist aber die Frage, ob, wenn der Vormund wider den Schwängerer bezüglich des factum stuprationis sich der Delation des Schiedseides bedient hat, alsdann dieser Eid als über ein factum referentis proprium et alienum deferentis angetragen sich zu einer Relation eignet. Daß die gemeine Sächsische Praxis der Statthaftigkeit einer solchen Relation seit Jahrhunderten entschieden entgegen ist, kann nach den zahlreichen darüber vorliegenden Zeugnissen (vergl. statt aller die Zusammenstellung bei Osterloh, ord. bürg. Proc. n. Kön. Sächs. Rechte, 2. Bd. §. 263 Not. 13, auch Heimbach, Sächs. bürg. Proc. Bd. I §. 94 u. Bd. III 1. Abth. S. 119 f.) keinem Zweifel unterliegen. Nichtsdestoweniger hat ein Erkenntnis des vormal. Landesjustizcollegiums zu Altenburg (mitgetheilt in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. III S. 72 ff.) sich für die Statthaftigkeit der Relation ausgesprochen, und es sind diesem Erkenntnis in der neueren Praxis auch noch andere gleichartige Entscheidungen nachgefolgt (z. B. v. 28. Jan. 1854, 10. Octbr. 1856, 17. Oct. 1862). Indessen ist diese Praxis des H. AGerichts auch nicht ohne Anfechtung geblieben, und insbesondere hat Hesse in einer eigenen Schrift (die Frage von der Eideszuschiebung über fremde Handlungen und von der Eideszurückgabe über eigene Handlungen des Delaten, 2. Ausg., Eisenb. 1852) das erwähnte Erkenntnis des vormal. Landesjustizcollegiums einer wissenschaftlichen Kritik unterworfen, bei welcher er zu dem Resultate gelangt ist, daß die allgemein angenommene Ansicht über die Unstatthaftigkeit der fraglichen Eidesrelation auch in den Altenburgischen Gesetzen zum Theil vorausgesetzt werde, zum Theil ausdrückliche Anerkennung gefunden habe, mithin das gedachte Erkenntnis in der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. III S. 72 ff. auf unrichtigen Voraussetzungen fuße. Es kann nicht hier am Platze sein, auf diese Streitfrage in ihrem vollen Umfange einzugehen; indessen kann

Digitized by Google

Verf. dieses nicht zurückhalten, daß er für seine Person der Hesseschen Ansicht ungeachtet der entgegenstehenden Praxis des H. AGerichts entschieden den Vorzug einräumt. Für diese Ansicht erscheint besonders unterstützend die in dem Erkenntnis des vormal. Landesjustizcollegiums nicht berücksichtigte ältere Altenb. Proceßordn., welche in P. I Cap. 9 §. 6, übereinstimmend mit der Ernestinischen Proceßordn., den ausdrücklichen Satz enthält, daß, „wenn einem die Klage in sein Gewissen allein gestellet wird und ihm die Sache allein bekannt ist, die relation keineswegs statt habe". Zwar findet sich dieser Satz nur in der entsprechenden Stelle der neueren Altenb. POrdn. (P. I Cap. 15 §. 1) nicht wiederholt, allein, wie aus der Fassung dieser letztern Stelle hervorgeht, offenbar nicht deshalb, weil man etwa den Satz hätte aufheben wollen, sondern weil man ihn als bekannt voraussetzte, sowie denn auch an einer andern Stelle der POrdn. (P. I Cap. 15 §. 5) der Richter einfach darauf verwiesen ist, bei der Regulirung des Schiedseides „auf die facta selbst, ob sie nemlich propria, aliena oder communia, zu sehen", eine Anweisung, die kaum verständlich sein würde, wenn nicht eben die POrdn. die allgemeine sächsische Ansicht über die Unzulässigkeit der Relation bei der Eideszuschiebung über facta propria delati, die sich wesentlich auf jene Unterscheidung stützt, als feststehend angenommen hätte. Außerdem tritt dem aus der Const. speciell für die Behandlung des Vormundes bei dieser Frage der Schluß des §. 67 der Altenb. Const. zur Seite. Denn hier wird, nach Vorausschickung des (jetzt unanwendbaren) Satzes, daß einem verhehlten Schwängerer die Civilansprüche seiner Geschwister zu Gute kommen, weiter bemerkt, daß ungeachtet dessen der Vormund des Kindes, ingleichen die Ortsgemeinde verpflichtet resp. berechtigt sei, die Alimentenansprüche des Kindes selbst gegen den Willen und die Geständnisse der Mutter, durch alle rechtliche Behelfe und insonderheit unter Benutzung der zu einer Zurückgabe sich nicht eignenden Eideszuschiebung gegen den muthmaßlichen Schwängerer zu verfolgen. Die neuere Praxis des AGerichts hat diese Bestimmung nur als eine specielle, gerade nur für den Fall, daß sich der Vormund genöthigt sehen sollte, selbst gegen den Willen und die Geständnisse der Mutter den Schwängerer im Rechtswege zu verfolgen, angeordnete Ausnahme und als Motiv derselben den Umstand betrachtet, daß dem Vormund diesfalls die ihm sonst, wenn er mit der Mutter zugleich klage, dargebotene Gelegenheit abgehe, sich mit seinem Entschlusse vor der Ableistung eines referirten Eides nach der Handlungsweise der mitklagenden Mutter zu richten (Reser. v. 27. Oct. 1862). Allein abgesehen davon, daß dies Motiv aus den Worten keineswegs erkennbar hervortritt und

Digitized by Google

der Vormund sich auch sonst in ganz gleicher Lage befinden kann, wie z. B. wenn die stuprata starb, ehe er sich mit ihr benehmen konnte oder ehe er überhaupt als Vormund ernannt wurde, widerstrebt der Annahme, als ob in der fraglichen Stelle die Einführung einer neuen exceptionellen Bestimmung hätte angeordnet werden sollen, wie schon Hesse a. a. O. §. 9 mit Grund hervorgehoben hat, die ganze Satzrichtung und Wortfassung, insbesondere die Einfügung der Bestimmung in einer Participialconstruction und der Ausdruck, „sich nicht eignen", welcher ungezwungen nur auf eine schon bekannte Eigenschaft gedeutet werden kann. Dies ist auch die frühere Auffassung der Stelle durch das vormalige Landesjustizcollegium gewesen. In einem unter dem 25. April 1839 ergangenen Erkenntnis (ad III, 210 vom März) wurde darüber wörtlich ausgeführt: „Gemeinrechtlich ist die Relation des Eides über ein factum proprium des Delaten und resp. alienum des Deferenten gesetzlich verboten (l. 11 §. 1—3, l. 12. 13 Dig. de act. rer. amot., cap. 36 X. de jurejur., Martin, Lehrbuch d. bürgerl. Proc. §. 227 Note b, Gensler, Handb. I S. 170 Note 119, v. Linde, Lehrb. §. 307 Note 1 S. 427 der 3. Ausg., v. Bayer, Vorträge S. 396), und in Sachsen — ein einziges Bedenken des Großh. Sächs. Rechts in Ad. Martin's Jahrbüchern, 1. Jahrg. S. 83 ff. ausgenommen — hat man an der Giltigkeit dieser Gesetzesbestimmung nicht gezweifelt, insofern nur der Deferent zur Leistung eines solchen ihm referirten Eides sich nicht anerklärte, durch welche Anerklärung dann freilich dessen entscheidende Befugnis zur fraglichen Eidesleistung als durch Vertrag festgestellt angesehen werden muß (Pfotenhauer, doctr. proc. §. 159, Schaumburg, princ. prax. judic. I Sect. 1, membr. 3, cap. 5 §. 9 not. ****), Biener, System. proc. §. 103, not. 6, Kori, Theorie d. Sächs. bürg. Proc. §. 90). Unser specielles Landesrecht hat die Richtigkeit und Giltigkeit dieser gemeinrechtlichen und Sächsischen Grundsätze in dem Falle, wenn der Vormund des Kindes in dem Processe auf Alimentation dem Imploraten über das factum stuprationis den Eid angetragen hat, ausdrücklich anerkannt, indem es diesen Eid als einen zur Zurückgabe sich nicht eignenden erklärt (§. 67 d. Const.), auch stimmt hiermit die Doctrin namentlich in Bezug auf Eideszuschiebung über die hier in Frage liegende Einrede des Verklagten, die Klägerin habe inzwischen mit einer anderen Mannsperson fleischlich sich abgegeben, völlig überein (Gett, die Rechtsverhältn. §. 22 i. f.). Da nun der Implorat den referirten Eid nicht angenommen, die Zulässigkeit der Relation vielmehr richterlicher Beurtheilung anheimgestellt hat, so war dieselbe für unstatthaft und auf Eidesleistung von Seiten der eidesmündigen

Digitized by Google

Mitimplorantin F. zu erkennen (Kori a. a. O. §. 90 Not. 2, Proceßordn. P. I c. 15 §. 1 u. 4)."

V. Weitere Bestimmungen der Const. beziehen sich auf den Fall, wenn wegen Unvollständigkeit des erbrachten Beweises über das factum stuprationis auf einen richterlichen Eid zu erkennen ist. Die Const. stellt in §. 66 diesfalls dem Richter gewisse Grundsätze auf, die derselbe als Anhaltepunkte dafür zu betrachten hat, ob er sich für die Wahl des Reinigungs- oder des Erfüllungseides zu entscheiden habe. Eher auf den Erfüllungseid, als auf den Reinigungseid soll insbesondere erkannt werden, wenn a) ein vorhergegangener vertrauter Umgang zwischen beiden Theilen erwiesen und dabei die Klägerin von völlig unbescholtener Aufführung ist; b) oder wenn der Beklagte den Beischlaf außergerichtlich eingestanden hat und nachher sein Geständnis unter diesem oder jenem Vorwande widerrufen will; c) oder wenn derselbe einräumt oder überführt werden kann, wegen der Abfindung mit der Klägerin außergerichtliche Verhandlung gepflogen zu haben; endlich d) wenn der Beklagte sich unzüchtiger Vertraulichkeiten mit der Klägerin berühmt hat. Hat dagegen die Klägerin nur eine oder die andere Vermuthung wider den Beklagten dargethan, ohne daß doch einer der vorstehenden Fälle vorhanden ist, oder kann der Richter, ungeachtet jener Vorschriften, gleichwol noch nicht entscheiden, so soll alsdann eher auf den Reinigungs- als auf den Erfüllungseid erkannt werden.

Aus den letzteren Bestimmungen hat man wohl öfters folgern wollen, einerseits daß die vorangeführten vier Fälle überhaupt als die einzigen zu betrachten seien, in welchen auf den Erfüllungseid erkannt werden dürfte, andererseits, daß die unter a — d aufgeführten Umstände nicht einmal ohne weitere Unterstützung durch andere Beweisergebnisse zum Erfüllungseid ausreichend seien, vielmehr dieselben nur dann genugsame Unterlage für ein Erkenntnis auf Erfüllungseid darzubieten im Stande seien, wenn ohne dieselben schon ausreichender Beweis zu einem Erkenntnis auf richterlichen Eid vorliege. Allein die erstere Ansicht schärft den Gegensatz, der hier gemacht worden ist, zu sehr und hat daher die Zustimmung des H. Appellationsgerichts, wie mehrfach (Nr. 260 v. J. 1860, Nr. 369 v. J. 1861) ausgesprochen worden ist, nicht erlangen können. Es wird nicht gesagt, daß, wenn keiner der vorstehenden Fälle vorhanden, dann allemal auf den Reinigungseid erkannt werden müsse; der Sinn der Worte des Gesetzes ist vielmehr nur der, daß, wenn statt der vier besonders hervorgehobenen Fälle nur eine oder die andere Vermuthung erbracht worden sein sollte, deren Stärke aber das Gewicht der in den vier Fällen klar vorliegen-

Digitized by Google

den Wahrscheinlichkeit eines begangenen Stuprums nicht erreicht, alsdann der Richter eher den Reinigungs- als den Erfüllungseid zu wählen habe. Damit ist aber die Möglichkeit, daß die Wahrscheinlichkeit des factum stuprationis auch noch in anderer Weise auf einen solchen Grad steigen kann, um den Erfüllungseid zu rechtfertigen, nicht ausgeschlossen. Daher hat das H. Appellationsgericht z. B. nicht Anstand genommen, auch da, wo nur ein öfteres nächtliches Beisammensein der beiden Personen erwiesen worden war, auf den Erfüllungseid zu erkennen. Die andere Ansicht ist — und gewiß mit Recht — für Altenburg durch eine besondere authentische Interpretation v. 27. Sept. 1845 (Ges.-Samml. v. 1845, S. 52) dahin entschieden worden, daß die aufgeführten Umstände allein und ohne Hinzutreten weiterer Beweisgründe im Sinne der Const. zum Erkenntnis auf den Erfüllungseid über den von der Beklagten geleugneten Beischlaf genügend sind[81]).

Ein anderer Zweifel ist darüber erhoben worden, ob die Grundsätze wegen Zuerkennung des Erfüllungseides nur für den Fall aufgestellt seien, wo die Geschwächte wegen ihrer Privatansprüche klagt, oder ob man dieselben auch auf den Fall zu erstrecken habe, wo der Streit zwischen dem Altersvormund des unehelichen Kindes und dem Stuprator ventilirt wird. Für die erstere und engere Auffassung hat man theils auf die Worte der Const. Gewicht gelegt, welche allerdings zunächst nur von einer „Klägerin" sprechen und des Altersvormundes gar keine Erwähnung thun, theils auch die Bestimmung der Proceßordnung P. I Cap. 16 §. 1 a. E. (S. 93) herbeigezogen, nach welcher, wenn der eine Theil de veritate, der andere aber — wie dies bezüglich des factum stuprationis allerdings bei dem Vormunde regelmäßig der Fall sein wird — nur de credulitate schwören kann, der erstere Theil vor dem andern den Vorzug haben soll. Das H. Appellationsgericht hat indessen darin keinen genügenden Grund gefunden, die gedachten Bestimmungen bloß von einem Streit zwischen der Geschwächten und dem Stuprator zu verstehen, und dieselben vielmehr in gleicher Weise da angewendet, wo der Altersvormund für das Kind, sei es in Gemeinschaft mit der Geschwächten oder auch ohne dieselbe, aufgetreten war (z. B. d. h. Reser. zu Nr. 287 v. J. 1857 u. Nr. 317 v. J. 1858). Man hat hierbei angenommen, daß der Gesetzgeber überhaupt mit diesen Grundsätzen beabsichtigt habe, der klägerischen Partei den Beweis des Beischlafs, welcher in der Regel beim Leugnen des Beklagten nicht anders als durch einen Eid geführt werden kann, mög-

81) Dieselbe Ansicht hat, nach einer Mittheilung v. 21. Aug 1845, das vormalige Justizcollegium zu Gotha stets befolgt. Vgl. auch Duistorp, Grundsl. des peinl. Rechts (6. Ausg.) § 485, Busch, a. a. O. §. 226, Gett a. a. O. §. 51.

Digitized by Google

lichst zu erleichtern; diese Erleichterung erscheine aber nicht bloß dann gerechtfertigt, wenn die Geschwächte klage, sondern auch und sogar bei weitem noch mehr, wenn der Vormund als Kläger auftrete. Sodann hat man aber auch noch einen speciellen Grund in der Bestimmung des §. 67 der Const. (welcher hauptsächlich von dem Falle handelt, wo der Vormund eines außerehelichen Kindes dessen Rechte allein zu verfolgen hat) gefunden, in welcher gesagt ist, daß der Richter letzteren Falles eben alles das besorgen solle, was im vorausgehenden §. wegen der summarischen Erörterung der Privatansprüche der Geschwächten vorgeschrieben sei. Der vorige §. 66 enthält nun aber gerade auch die Vorschriften, nach welchen der Richter in den oben unter a—d angegebenen Fällen eher auf den Erfüllungs- als auf den Reinigungseid erkennen soll.

Weiterhin sind auch noch Zweifel darüber erhoben worden, wie es alsdann zu halten sei, wenn die Klägerschaft den Beweis der unter a—d aufgezählten Voraussetzungen des Erfüllungseides zwar angetreten, denselben aber nicht ganz vollständig geführt hat, so daß zur vollständigen Erbringung desselben selbst erst noch ein nothwendiger Eid erforderlich ist. Manche haben bei solcher Sachlage angenommen, daß dann eben nur „eine und die andere Vermuthung" dargethan sei, daher alsdann auch ohne weiteres auf den Reinigungs- und nicht auf den Erfüllungseid erkannt werden müsse. Für diese Ansicht läßt sich auch anführen, daß wenigstens bei den Voraussetzungen unter a von der Const. das Wort „erwiesen" gebraucht wird, was auf die Nothwendigkeit sofort vorliegender Gewißheit der vorausgesetzten Thatsachen hinzudeuten scheint. Allein bei dem Falle unter c wird der Erfüllungseid auch zugelassen, wenn der Beklagte der außergerichtlichen Unterhandlungen über die Abfindung auch nur „überführt" werden kann, ein Ausdruck, der überhaupt auch einen künstlichen Beweis in in sich schließt. Das H. Appellationsgericht befolgt deshalb die Praxis, daß es der Klägerschaft gestattet, für den Fall, daß sie ihren Beweis über die zum Erfüllungseid berechtigenden Thatsachen unter a—d vorerst nicht ganz vollständig erbracht hat, diesen Beweis selbst erst durch einen Erfüllungseid zu ergänzen, und daß es, wenn so der Beweis dieser Thatsachen erbracht worden ist, die Partei alsdann noch zu dem Erfüllungseid über das eigentliche factum stuprationis zuläßt (Refer. Nr. 222 v. J. 1850, Nr. 399 v. J. 1861).

Im Einzelnen hat noch die schon citirte authentische Interpretation vom 27. Sept. 1845 zugleich zu a) entschieden, daß der daselbst erwähnte „vorhergegangene vertraute Umgang" nur von einem solchen Umgang zu verstehen sei, welcher dem Beischlafe, aus welchem die

Digitized by Google

Klägerin ihre Ansprüche gegen den Stuprator herleitet, vorausgegangen ist, nicht aber auch ein solcher, der bloß der Geburt des Kindes vorherging[82]). Selbst nicht jeder, dem Beischlaf vorausgegangene vertraute Umgang wird aber für genügend erachtet werden können; nach dem ganzen Sinn und Zweck der Bestimmung wird man immer zugleich erfordern müssen, daß derselbe der Zeit nach in einen gewissen Zusammenhang mit dem fraglichen concubitus gebracht werden kann, so daß ein vielleicht nur vor Jahren einmal stattgehabter und längst abgebrochener Umgang nicht zum Erfüllungseid berechtigt (Resc. zu Nr. 11 v. J. 1863). Die zweite Voraussetzung von a), daß nemlich die Klägerin zugleich „von völlig unbescholtener Aufführung" sei, ist nicht soweit zu extendiren, daß dadurch überhaupt alle Frauenspersonen (besonders in den niederen Ständen) auszuschließen wären, die etwa schon auch mit andern zu thun gehabt haben; es ist das Hauptgewicht vielmehr darauf zu legen, daß nach dem bisherigen Lebenswandel der Frauensperson das Vertrauen geschenkt werden kann, sie werde den ihr zuzuerkennenden Erfüllungseid auch mit Gewissenhaftigkeit ableisten[83]). In dem Falle unter b) muß sich das außergerichtliche Geständnis auf denjenigen Concubitus beziehen, von welchem die den Grund der Klage bildende Schwächung abgeleitet wird; sollte sich das Geständnis auf einen außerhalb des tempus congruum vorgegangenen Beischlaf vollziehen, so ist die Entscheidung nicht nach den Bestimmungen unter b), sondern nach denen unter a) zu treffen (Resc. zu Nr. 265, Aug. 1846). Dagegen ist es bei dem Falle unter c) nicht erforderlich, daß die außergerichtlichen Unterhandlungen wegen der Abfindung gerade mit Rück-

82) Ebenso angenommen in Gotha, nach einer Mittheilung des dort. Justizcoll. v. 21. Aug. 1845. Bezeichnend für die allgemeine Auffassung des Rechtsverhältnisses sind die dieser Mittheilung beigefügten Gründe: „Denn der außereheliche Beischlaf, ein Delikt, ist es, wodurch die Entschädigungspflicht des Stuprator zunächst begründet wird, mag aus dem Beischlaf zufällig eine Schwängerung der Stuprata erfolgt sein oder nicht, und da nur dieser Beischlaf, auch bei Ansprüchen aus erlittener Schwängerung, als nächster Gegenstand der klägerischen Beweisführung zu betrachten ist, so kann mit dem „vorausgegangenen" vertrauten Umgang kein anderer, als der dem Beischlaf, nicht aber auch der, der Geburt des Kindes vorausgehende verstanden werden."

83) Resc. zu Nr. 74 v. J. 1860: „Außereheliche Schwängerung und Niederkunft können an sich für eine Frauensperson noch keinen hinlänglichen Grund zu ihrer, die Glaubwürdigkeit derselben mindernden Bescholtenheit geben, sondern es müssen dazu noch weitere Verfehlungen und sonstige aus dem unsittlichen Betragen derselben entlehnte Umstände erfordert werden. Der Umstand, daß die Implorantin schon zweimal außerehelich geboren hat, scheint um so weniger zur Begründung ihrer Bescholtenheit geeignet, da der Implorant selbst der Erzeuger dieser Kinder gewesen ist."

Digitized by Google

sicht auf einen unbezweifelt intra tempus congruum fallenden Beischlaf gepflogen worden seien. Denn ließe sich dies feststellen, so würde es eines Erfüllungseides gar nicht mehr bedürfen, vielmehr der Beweis dann schon an sich als erbracht anzunehmen sein. Auch ist es nicht nothwendig, daß sich die Verhandlungen gerade auf eine vollständige Abfindung bezogen haben müssen. Auch die Leistung von Abschlagszahlungen, die der Beklagte auf Andrängen gezahlt hat, werden hierunter gebracht werden müssen, und zwar gleichviel, ob sich dabei ein wirkliches Schuldbewußtsein des Beklagten nachweisen läßt, oder auch nur der Wunsch vorwaltete, aus der Sache herauszukommen; nur reine Liberalitäten, Almosen ꝛc. lassen sich natürlich nicht als Abfindungen betrachten (Resc. zu Nr. 303 v. J. 1857). Die diesfallsige Überführung kann vorerst selbst mittelst Schiedseides hergestellt werden. (Resc. zu Nr. 288 v. J. 1858.)

VI. Eine besondere processuale Vergünstigung enthalten endlich noch die Absätze 9 u. 10 des §. 67 der Const. Nach denselben kann der Richter die wegen der Verpflegungsansprüche des Kindes auflaufenden Kosten nur insoweit fordern, als der Beklagte in solche verurtheilt wird; baarer Verlag ist aus den Jurisdictionsnutzungen vorzuschießen. Hieraus ergibt sich schon, daß diese Kostenbefreiung nicht auch bei den Civilansprüchen der Mutter, ebensowenig dann stattfindet, wenn der Anspruch des Kindes etwa Erbrechte zum Gegenstand hat[84]). Treten die Mutter und der Altersvormund ihres unehelichen Kindes in einer Klage zusammen gegen den Schwängerer auf, so hat bezüglich der Restitution der gerichtlichen Kosten deshalb immer eine angemessene Theilung einzutreten. Ebenso ist aber auch, wenn der Beklagte von der Klage entbunden werden sollte, das Kind immer schuldig, dem Beklagten die außergerichtlichen Kosten zu restituiren. Aus dem letzteren folgt zugleich, daß, ausländischen Vormündern gegenüber, inländischen Beklagten nicht das Recht abgesprochen werden kann, nöthigenfalls den nach §. 38 des summarischen Proceßgesetzes vom 7. April 1825 diesfalls auf 10 Thlr. zu normirenden Vorstand wegen der Unkosten zu verlangen, während dem Richter, weil er nach §. 67 der Const. niemals in die Lage kommen kann, seine Gebühren von dem Vormunde ersetzt verlangen zu können, dies Recht allerdings nicht zuständig ist.

84) Dagegen bezieht sich die Kostenbefreiung auch auf Streitigkeiten, die nur die fortgesetzte Leistung der Alimente betreffen: z. B. über die Forderung des Vaters auf Überlassung des Kindes zur Selbsterziehung. (Resc. zu Nr. 310 v. J. 1850.)

Digitized by Google

Ist nach gothaischem Rechte die Eintragung eines Wiederkaufsrechts in das Grund- und Hypothekenbuch zulässig?

Ein Rechtsfall, mitgetheilt von dem Herrn Ministerialrath Brückner zu Gotha.

Im Jahre 1832 verkaufte A. an B. eine Mühle in C. In dem Kaufcontracte wurde unter anderem in §. 21 dem A. das Recht vorbehalten, „zu jeder ihm beliebigen Zeit zu verlangen, daß ihm das Kaufobject gegen eine alsbald festgesetzte Summe in Wiederkauf überlassen werde;" und am Schlusse des Kaufcontracts in §. 22 wurde bestimmt: „daß an alle in dem vorstehenden Kaufcontracte aufgeführte Stipulationen der Käufer für sich und alle künftigen Besitzer des Kaufobjects gebunden sein solle."

Der Kaufcontract wurde gerichtlich confirmirt, das Kaufobject dem Käufer übergeben und der Besitztitel im Lehnbuche berichtigt. Eine Eintragung des vorbehaltenen Wiederkaufsrechts in das Lehnbuch fand nicht statt; ebensowenig wurde wegen dieses Rechts eine Hypothek bestellt.

B. starb im Jahre 1835 und sein Sohn D. erbte die Mühle zu C. Im Jahre 1850 wurde für das Herzogthum Gotha durch das Gesetz Nr. 614 und die Ausführungsverordnung Nr. 627 der Gesetzsammlung die Herstellung von Grund- und Hypothekenbüchern angeordnet, und demzufolge im Jahre 1862 ein solches Buch auch für den Gemeindebezirk C. von dem zuständigen Justizamte E. in Angriff genommen. A. beantragte nun bei dem erwähnten Justizamte: daß das in dem Kaufcontracte vom Jahre 1832 ihm vorbehaltene Wiederkaufsrecht in dem Grund- und Hypothekenbuch auf die verkaufte Mühle eingetragen werde; und führte zur Begründung dieses Antrags an, daß nach der Fassung des §. 22 des obigen Kaufvertrags die Stipulation im §. 21 desselben wegen des Wiederkaufsrechts eine bleibende Beschwerung des Kaufobjects zum Gegenstand habe, dieselbe auch auf einen Privatrechtstitel sich gründe, und demgemäß der Eintrag auf Grund des §. 15 sub Nr. 6 der Verordnung Nr. 627 der Gesetzsammlung in die erste Rubrik des Grund- und Hypothekenbuchs zu bewirken sei. — Diese erste Rubrik enthält nemlich die Bezeichnung und Beschreibung des Grundstücks, für welches das Folium bestimmt ist, und in diese Rubrik sind gemäß der Bestimmung im §. 15 sub Nr. 6 auch „die auf dem Grundstücke vermöge eines Privatrechtstitels haftenden bleibenden Lasten und Beschwerungen, also namentlich Grunddienstbarkeiten, Zinsen aller Art, Decem, Ablösungsrenten und die an diesen Lasten sich ergebenden Veränderungen" einzutragen.

Digitized by Google

Das Justizamt E. hörte über den obigen Antrag den Mühlenbesitzer D.; letzterer widersprach demselben, und das Justizamt beschloß hierauf: das fragliche Wiederkaufsrecht in das Grund- und Hypothekenbuch zwar einzutragen, jedoch nicht in die erste, sondern als Dispositionsbeschränkung des Besitzers auf Grund des §. 21 sub Nr. 2 der obigen Verordnung in die zweite Rubrik, und dabei den Widerspruch des D. anzumerken. D. erhob jedoch auch gegen diesen Beschluß Einspruch und stützte denselben besonders darauf, daß das Wiederkaufsrecht als ein rein obligatorisches Recht sich überhaupt nicht zum Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch eigne. Das Justizamt legte nun in Gemäßheit des §. 51 der gedachten Verordnung die Sache der Commission für Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher zur Entscheidung vor, und diese ertheilte hierauf dem Justizamte die Resolution: daß die den Eintrag des fraglichen Wiederkaufsrechts anordnende Entschließung des Justizamts wieder aufzuheben und die angemeldete Dispositionsbeschränkung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht einzutragen sei.

Diese Resolution stützte sich auf folgende Gründe:

„Nach dem §. 21 der Verordnung Nr. 627 sollen in Rubrik II eingetragen werden: die nicht aus einer besonderen rechtlichen Eigenschaft des Grundstücks fließenden, sondern auf den Besitzer sich beziehenden Beschränkungen des letzteren in der Verfügung über das Grundstück, jedoch nur solche, welche sich auf einen speciellen Rechtstitel gründen und nicht etwa bloß auf allgemeine persönliche Eigenschaften des Besitzers. Dieser Satz erhält rücksichtlich der ersten Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher seine nähere Bestimmung durch den §. 66 desselben Gesetzes, nach welchem von den in §. 21 erwähnten Dispositionsbeschränkungen nur diejenigen von Amtswegen berücksichtigt und eingetragen werden sollen, welche aus gehörig confirmirten Verträgen oder letztwilligen, aus den Acten desselben Gerichts sich ergebenden Verordnungen erhellen, „„wenn zugleich die ihnen entsprechenden Rechte andrer nach dem geltenden Rechte als dingliche Rechte zu betrachten sind““, oder die Dispositionsbeschränkung auf einem gerichtlichen Veräußerungsverbote beruht.

„Dieser Zusatz kennzeichnet deutlich die besondere Natur, welche die Dispositionsbeschränkungen haben müssen, die in §. 21 gemeint sind; nicht bloß rein persönliche, sondern nur solche, welche einen dinglichen Charakter haben, welche also auch gegen jeden Dritten wirksam sind, sollen zum Eintrag ins Hypothekenbuch kommen.

„Für solche allein ist aber auch der Eintrag von Wichtigkeit. Denn da, wenigstens nach dem bis jetzt geltenden Rechte, eine bloß vertragsmäßige Dispositionsbeschränkung — so lange nicht noch etwas Weiteres hinzukommt — nur den andern Contrahenten verpflichtet, so ist dieselbe für dritte Personen zu wissen unnütz, und bedarf also derselbe keines Eintrags in die öffentlichen Bücher; der andere Contrahent kennt sie aber schon aus dem Vertrag und seinetwegen würde daher der Eintrag gleichfalls ganz zwecklos sein.

Digitized by Google

Muß man aber schon der Natur der Sache nach annehmen, daß im §. 21 sub 2 cit. nur solche Dispositionsbeschränkungen gemeint sind, welche auch gegen Dritte wirksam sind, so muß man dies um so mehr, wenn man die im gedachten Paragraphen gegebenen Beispiele ins Auge faßt, welche sämmtlich nur solche, auch gegen Dritte wirkende Dispositionsbeschränkungen enthalten, ganz besonders aber spricht für diese Annahme endlich auch noch der Umstand, daß in dem diesseitigen Patent 627, dessen §. 21 im Wesentlichen aus dem §. 16 des sächsischen Gesetzes über die Grund- und Hypothekenbücher entnommen ist, gerade alle diejenigen Beispiele offenbar absichtlich hinweggelassen worden sind, welche zu der Annahme Veranlassung geben konnten, daß auch solche Dispositionsbeschränkungen, die nicht gegen Dritte wirken, im §. 21 mit genannt sein sollten. Ein Wiederkaufsrecht (und dasselbe gilt auch vom Vorkaufsrecht) begründet nun aber in der Regel — mag es durch Vertrag oder letztwillige Verfügung bestellt sein — nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verpflichteten, nicht aber ein gegen den dritten Erwerber des betreffenden Objectes wirksames Recht. Vgl. Curtius, sächs. Civilrecht §. 1409 und andre, insbes. Präjudiz des OAGerichts zu Dresden in der Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. Neue Folge B. XIX H. 3.

„Soll daher dasselbe nach dem oben Ausgeführten und namentlich nach der Bestimmung im §. 66 zum Eintrag ins Grund- und Hypothekenbuch qualificirt erscheinen, so muß noch etwas hinzukommen, was die Wirksamkeit des Rechtes auch gegen Dritte sichert. Dies könnte nach dem bisherigen Rechte zunächst sein die Hypothekenbestellung, denn nach der auch bei uns giltigen const. 32 P. II vom 21. Jan. 1572 erhält ein Vorkaufsrecht (welchem hierin das Wiederkaufsrecht ganz gleichgestellt ist) durch Hypothekenbestellung eine den dinglichen Rechten ganz ähnliche Wirksamkeit gegen Dritte. Eine Hypothek ist aber im vorliegenden Falle wegen des Wiederkaufsrechs nicht bestellt und deshalb kann hieraus die Entscheidung nicht abgeleitet werden.

„Einen dinglichen Charakter haben nun zwar im Königreich Sachsen auch diejenigen Vor- und Wiederkaufsrechte, welche in einem seinem ganzen Umfang nach vom Gericht bestätigten Veräußerungsvertrage unter Bestimmung der Wiederkaufssumme vorbehalten worden sind; vgl. Heyne, Commentar zum sächs. Hypoth. Gesetz I p. 126 Nr. 3 und II p. 198 f.; allein dieser (außerdem auf den vorliegenden Fall anwendbare) Rechtssatz gründet sich lediglich auf die sächsische Decis. 27 von 1746 und das Mandat vom 9. April 1827 und kann daher, da diese Gesetze bei uns keine Geltung haben, ebenfalls nicht die Entscheidungsnorm abgeben.

„Eine Art von Wirkung des Wiederkaufsrechts (und Vorkaufsrechts) gegen Dritte nahm die ältere sächsische Praxis, (vergl. Carpzov, def. for. def. 17 Nr. 3; Wernher, suppl. ad P. II obs. 425; Curtius, sächs. Civ. R. Th. IV §. 1409 sub 3) endlich auch dann an, wenn der dritte Käufer sich entweder der Bedingung des Wiederverkaufs an den ersten Verkäufer unterworfen hatte — welcher Fall hier nicht in Frage kommen kann — oder, wenn der dritte Käufer von der Existenz des Wiederkaufsrechts Kenntnis hatte, mithin bei der dawider vorgenommenen Veräußerung in dolo war. Allein dieser allerdings in der sächsischen Praxis receipirte Satz der genannten Juristen kann einestheils nicht einmal ohne weiteres als richtig zugegeben werden, weil keineswegs aus der wider das Wiederkaufsrecht eines andern unternommenen

Digitized by Google

Veräußerung gerade immer auf einen dolus geschlossen werden muß, sowie ja, nach der richtigen Ansicht, selbst aus der Kenntnis eines solchen Eintrags in der zweiten Rubrik des Grund- und Hypothekenbuchs noch nicht einmal der dolus mit Sicherheit präsumirt werden darf (Dresdner OAGPräjudiz in B. XIX H. 3 p. 232 der Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. N. F.); anderntheils wird dadurch die Natur des Rechts selbst nicht geändert, dasselbe nicht aus einem persönlichen zu einem dinglichen, oder dinglich wirkenden, sondern es wird nur im einzelnen Falle die sonst begründete Einrede, daß die Klage nicht gegen einen Dritten gehe, durch die, gerade wider diesen Dritten geltend zu machende replica doli ausgeschlossen.

„Es kann daher selbst in einem solchen Fall die aus dem Wiederkaufsrecht folgende Dispositionsbeschränkung nicht als eine dingliche im Sinne des §. 66 des Pat. 627 angesehen werden und muß mithin deren Eintrag gleichfalls unterbleiben; vielmehr können, nach den vorstehenden Ausführungen, einzig und allein solche Wieder- oder Vorkaufsrechte zum Eintrag in die zweite Rubrik gelangen, welche in einem vom judex rei sitae confirmirten Vertrag oder in einer bei den Acten des Gerichts befindlichen letztwilligen Disposition bestellt worden sind und wegen deren zugleich ein hypothekarisches Recht am verkauften oder hinterlassenen Grundstücke eingeräumt worden ist."

Gegen diese Resolution der Commission für Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher wendete A. auf Grund des §. 51 der Verordnung Nr. 627 Recurs an das herzogliche Staatsministerium ein, und führte zur Rechtfertigung desselben Folgendes an:

„In dem zwischen A. und B. über den Verkauf der Mühle zu C. abgeschlossenen Kaufvertrag vom Jahre 1832 hat sich der Verkäufer das Recht vorbehalten, zu jeder ihm beliebigen Zeit zu verlangen, daß ihm die fragliche Mühle nebst Zubehör und insbesondere auch das dem Käufer überlassene Areal an Grund und Boden mit allen darauf befindlichen oder im Laufe der Zeit zu erweiternden oder neu herzustellenden Gebäulichkeiten gegen Zahlung des nach den weiteren Bestimmungen dieses §. festzustellenden Werthes der Kaufobjecte in Wiederkauf überlassen werde, und im §. 22 desselben Vertrags ist hinzugefügt: daß der Käufer für sich und alle künftigen Besitzer des Kaufobjects an die in dem fraglichen Kaufvertrage aufgeführten Stipulationen gebunden sein solle.

„Auf Grund dieser Bestimmungen ist diesseits der Eintrag des in Rede stehenden Wiederkaufsrechtes in das betreffende Grund- und Hypothekenbuch beantragt worden, das herzogl. Justizamt C. hat diesem Antrage auch stattgegeben, allein es ist derselbe von der herzogl. Commission für Errichtung von Grund- und Hypothekenbüchern zurückgewiesen, und der Nichteintrag des fraglichen Wiederkaufsrechts angeordnet worden.

„In den für diese Abweisung geltend gemachten Gründen wird zwar zugegeben, daß, wenn die im §. 21 des erwähnten Vertrages getroffene Stipulation alleinstände, nur ein persönliches, lediglich auf die beiderseitigen Contrahenten Bezug habendes Rechtsverhältnis constituirt sein würde, allein die in dem §. 22 desselben Vertrages getroffene Bestimmung geht dahin, daß jeder Besitzer der verkauften Mühle verpflichtet wird, dieselbe dem A. gegen Erstattung des nach §. 21 des Vertrages festgesetzten Kaufpreises wieder abzutreten. Es sollte dadurch der Besitzer der fraglichen Mühle mit einer dauernden

Digitized by Google

Beschränkung der natürlichen Freiheit belegt werden. Ein derartiges Verhältnis ist rechtlich als eine Reallast aufzufassen.

„Über den Willen der beiden Contrahenten, durch diesen Vertrag eine solche Reallast zu begründen, kann ein Zweifel nicht aufkommen, fraglich kann möglicher Weise nur sein, ob das zur Zeit des Abschlusses jenes Kaufvertrags geltende Recht es gestattete, das Wiederkaufsrecht zu einer Reallast zu machen?

„In der älteren Theorie des deutschen Rechts wurden darüber, daß jedes obligatorische Recht zum Gegenstand einer Reallast gemacht werden könne, kaum vereinzelte Zweifel laut. Vgl. Maurenbrecher, deutsches Privatrecht Bd. 1 §. 323 Anm. 3. Erst seit Eichhorn haben sich namhafte Rechtslehrer dagegen ausgesprochen.

„Unter dem Einflusse der angeblich historischen Zurückführung der Reallasten auf die grundherrlichen und vogteilichen Verhältnisse ist die Behauptung aufgestellt worden, daß nur in dem Kreise gewisser Rechtsverhältnisse und nur für Zinsen, Zehnten, Renten und ähnliche Leistungen heute Reallasten entstehen könnten, eine Ansicht, die sich selbst am besten dadurch kritisirt, daß noch als Ausnahme hinzugefügt wurde, Gesetz oder Gewohnheit gestatte auch noch bestimmte andere Arten von Leistungen durch Privatwillkür als Reallasten zu bestellen.

„Gegen jene Ansicht tritt indeß außerdem einerseits die Erwägung ein, daß die Reallasten überhaupt nicht bestimmte Obligationen, sondern Obligationsformen sind, deren möglicher Inhalt nicht auf die durch die Geschichte überlieferten Arten beschränkt ist, sondern jedes persönliche Verhältnis sein kann, welches im übrigen den Bedingungen dieser Rechtsform entspricht: Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 168; und andererseits die Thatsache, daß die Jurisprudenz der vorigen Jahrhunderte, indem sie zur theoretischen Erklärung der Reallasten annahm, daß das deutsche Recht allgemeine Servituten, die in einem Thun bestehen, zulasse, den Reallasten jeden beliebigen Inhalt zu geben gestattete und dadurch eine feste Gerichtspraxis begründete.

„Von dem Standpunkte des positiven Rechts aus ist daher unter andern von Albrecht, die Gewere S. 186 ff., und Maurenbrecher, Lehrbuch des deutschen Privatrechts Bd. 1 §. 323 der von der Jurisprudenz und der Gerichtspraxis des vorigen Jahrhunderts fast ausnahmslos vertheidigte Satz festgehalten, daß die Reallasten sich nicht auf gewisse Arten von Prästationen beschränken lassen, und ist namentlich von Albrecht nachgewiesen, daß die Möglichkeit, jede Prästation auf ein Grundstück zu radiciren, in Übereinstimmung mit den Gesetzen und der deutschen Rechtstheorie stehe, während die entgegengesetzte Ansicht zu Willkürlichkeiten führe.

„Die verdiente Ungunst, welche die neuere Zeit von volkswirthschaftlichen Gesichtspunkten aus gegen das ganze Institut der Reallast zeigt, darf da, wo es sich um die Frage nach dem positiven Rechte handelt, und wo wie in dem vorliegenden Falle ein ganz unzweifelhafter, auf die Errichtung einer Reallast gerichteter Wille der Parteien vorliegt, nicht dazu führen, Reallasten nicht anzuerkennen.

„Was nun insbesondere das Wiederkaufsrecht anbelangt, so werden allerdings diejenigen, welche wie Gerber gewisse wiederkehrende Leistungen als nothwendigen Gegenstand der Reallasten betrachten, es unmöglich

Digitized by Google

erklären, dieses Recht zu einer Reallast zu erheben. In der gemeinrechtlichen und sächsischen Praxis konnte das Wiederkaufsrecht bis auf die neueste Zeit unzweifelhaft mit der Wirkung einer Reallast bestellt werden.

„Es ist wohl zu beachten, daß die von der herzogl. Commission für die Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher angeführte sächsische Decision 27 von 1746 und das Mandat vom 9. April 1827 nicht etwa auf gesetzgeberischer Willkür beruhen, sondern lediglich eine schon bestehende Praxis anerkennen, wonach Wiederkaufsrechte eine dingliche Wirkung erhalten können.

„In vollkommener Übereinstimmung hiermit steht aber noch insbesondere das Gothaische Particularrecht gerade in Betreff des Wiederkaufsrechts.

„Das Lehnsmandat erkennt in der wiederkäuflichen Veräußerung des Lehns den dinglichen Charakter des Wiederkaufsrechts ausdrücklich an. Nach dem §. 189 desselben geht die Wiedereinlösungsklage gegen die Successoren, die Singularsuccessoren des Verkäufers. Der Wiederkauf ist aber weder dem Lehnrechte eigenthümlich, noch gelten für ihn im Lehnrechte eigenthümliche Bestimmungen. Die Anerkennung des Wiederkaufsrechts als Reallast im Lehnrechte gestattet daher die Schlußfolgerung auf dieselbe Natur des Wiederkaufsrechtes im Landrechte. Noch in neuester Zeit hat das Gesetz vom 5. November 1854 über die Ablösung der Grundlasten die Dinglichkeit dieses Rechtsverhältnisses ganz allgemein ausgesprochen.

„Der §. 84 dieses Gesetzes spricht von dem Falle, daß „„an einem Grundstücke ein Wiederkaufsrecht eingeräumt worden sei““, und knüpft hieran die Bestimmung, daß der Wiederkaufsberechtigte befugt sei, bei Ausübung des Wiederkaufsrechtes eine dem Eigenthümer des fraglichen Grundstücks etwa gezahlte Ablösungssumme an der Kaufsumme zu kürzen.

„Schon die Ausdrucksweise, daß „„an einem Grundstücke ein Wiederkaufsrecht eingeräumt worden sei““, schließt die Beziehung auf ein persönliches Rechtsverhältnis aus, denn neue Rechte dinglicher Natur werden an Sachen eingeräumt. Überdies werden hier nicht etwa der Wiederkaufsberechtigte und derjenige, der von ihm gekauft hatte, einander gegenüber gestellt, sondern der Wiederkaufsberechtigte und der Eigenthümer. Es wird also das Wiederkaufsrecht als auf dem Eigenthume ruhend gedacht.

„Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, daß es nicht bloß gemeinrechtlich sondern auch nach Gothaischem Particularrechte möglich ist, nicht nur persönlich den Käufer, sondern jeden Eigenthümer eines Grundstücks zum Wiederverkauf zu verpflichten. Die dingliche Natur des durch den obigen Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses steht daher eben so fest, wie nach §. 21 sub 2 und §. 66 des Gesetzes Nr. 627 der Gesetzsammlung die Eintragsfähigkeit desselben. Denn es bezieht sich — wie §. 21 sub 2 vorschreibt — einerseits die dem jedesmaligen Besitzer der Mühle zu C. zu Gunsten des A. auferlegte Dispositionsbeschränkung lediglich auf die Verfügung desselben über dieses Grundstück und gründet sich zugleich auf einen speciellen Rechtstitel, andererseits aber rühret — wie §. 66 vorschreibt — die fragliche Dispositionsbeschränkung aus einem von dem Richter der belegenen Sache bestätigten Vertrage her, und es ist zugleich, wie oben bereits dargethan worden, das dieser Beschränkung gegenüberstehende Recht des A. nach dem geltenden Rechte als eine Reallast zu betrachten.“

Von dem herzogl. Staatsministerium wurde jedoch diesem Recurs

Digitized by Google

keine Folge gegeben, vielmehr die von der Commission für Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher ertheilte Resolution mit dem Zusatze bestätigt: daß dem A. die Ausführung eines Anspruchs auf Anerkennung der dinglichen Qualität des fraglichen Wiederkaufsrechts im Wege des Processes, sofern er sich damit durchzukommen getrauen sollte, vorbehalten bliebe.

Dieser Entscheidung waren folgende Gründe beigefügt:

„Zunächst ist es keineswegs außer allem Zweifel, daß in dem §. 22 des Kaufcontracts über die Mühle vom Jahre 1832 die vertragsmäßige Grundlage für die Constituirung des dem A. vorbehaltenen Wiederkaufsrechts als eines dinglichen Rechts — die juristische Möglichkeit einer solchen Constituirung vorausgesetzt — enthalten sei. Der directe Wortlaut jenes §. spricht nicht für eine dingliche Qualität des fraglichen Rechts. Ihm zufolge soll für die Stipulationen des Vertrags der Besitzer der Mühle haftbar sein, von einer Belastung der letztern selbst ist nicht die Rede.

„Dem Wortlaute nach würde es daher gerechtfertigt sein, sich der berichtlich dargelegten Ansicht der Commission ꝛc. zuzuneigen, daß durch den §. 22 nicht sowohl eine dingliche als vielmehr nur eine persönliche Verpflichtung begründet worden sei. Ist die Absicht, was aus anderen Gründen wahrscheinlich sein mag, seitens des A. auf Constituirung einer dinglichen Verpflichtung gegangen, so ist diese Absicht mindestens nicht klar ausgesprochen.

„Will man aber auch von diesem Bedenken absehen und die Behauptung des A., daß durch §. 22 das fragliche Wiederkaufsrecht als ein dingliches Recht habe bestellt werden sollen, anerkennen, so kann doch nicht eingeräumt werden, daß das gedachte Recht als ein dingliches wirklich bestellt worden sei, indem die fernere Behauptung, daß das geltende Recht es gestattet habe, das Wiederkaufsrecht zu einer Reallast zu machen, nicht als richtig zuzugeben ist.

„Vom Standpunkte des römischen Rechts aus kann hierüber kein Zweifel sein. Nach diesem Rechte besteht nur eine fest geschlossene Zahl dinglicher Rechte (Puchta, Pandekten §. 140); das Wiederkaufsrecht ist aber seiner Natur nach ein obligatorisches Rechtsverhältnis und es existirt kein Mittel, einem Rechte der letztern Gattung direct und abgesehen von den indirecten Mitteln der Resolutivbedingung, des Eigenthums- oder Hypothekenvorbehalts, eine dingliche Wirksamkeit zu verleihen.

„A. stützt auch seine obige Behauptung nicht auf das römische, sondern lediglich auf das gemeine deutsche, sächsische und gothaische Recht. Allein gegen die weiteren Ausführungen, welche in diesen Beziehungen die Recursschrift enthält, kömmt Folgendes in Betracht:

„1) Es mag dahin gestellt bleiben, ob — wie in dieser Schrift ohne nähere Begründung behauptet wird — die deutsche Jurisprudenz und Gerichtspraxis der vorigen Jahrhunderte den Satz, daß jedes obligatorische Recht zum Gegenstand einer Reallast gemacht werden könne, fast ausnahmslos gestattet hat. Entschieden unrichtig aber ist die Behauptung, daß erst seit Eichhorn sich namhafte Rechtslehrer gegen den obigen Satz ausgesprochen haben, denn schon vor Eichhorn haben solche Rechtslehrer, wie namentlich Kind (Quaestiones forenses II. Bd. pg. 339—341. — Gottschalck: Select.

Digitized by Google

discept. forens. cap. — Tom. I Cap. 29) den fraglichen Satz — das Princip der freien Radicirung — mit Entschiedenheit bekämpft. Und Gleiches ist geschehen von der weit überwiegenden Zahl der neueren Schriftsteller über diesen Gegenstand (wie namentlich von Dunker, über die Reallasten S. 483; Gerber im deutschen Privatrecht §. 167 und 168; Heimbach in Weiske's Rechtslexicon Bd. 9 S. 107; Bluntschli im deutschen Privatrecht S. 258; Holzschuher in Theorie und Casuistik ꝛc. Bd. II S. 368; Friedlieb in der neuesten Schrift über die Reallasten S. 232, 292, 294, 306). Alle diese vertreten die jenem Principe entgegenstehende Ansicht, daß nemlich nach gemeinem deutschen Rechte die Möglichkeit, Reallasten durch Vertrag zu bestellen, auf einen durch Gesetz oder Gewohnheit begrenzten Kreis gewisser Rechtsverhältnisse, namentlich auf wiederkehrende s. g. Terminal-Leistungen, zu denen also das Wiederkaufsrecht nicht gehört, zu beschränken sei. Selbst Albrecht ist von der frühern Vertheidigung des obigen Princips neuerdings zurückgekommen, (vergl. die Abhandlung in Richters kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft 1839 S. 323).

„Die Richtung der neuern Jurisprudenz in der einschlagenden Rechtsfrage steht also der obigen Behauptung in der Recursschrift entschieden entgegen, und daß bei dieser entschiedenen Richtung der erstern eine abweichende feste Gerichtspraxis, wenn sie überhaupt bestanden haben sollte, gegenwärtig noch fortbestehe, muß gänzlich bezweifelt werden. Keinen Falls ist ihr Bestehen bei den hiesigen Landesgerichten nachgewiesen, vielmehr enthalten die vom herzoglichen Staatsministerium eingesehenen Proceßacten in Sachen von Zech gegen von Grüneberg resp. Ohrtmann wegen Anerkennung eines vertragsmäßigen, ausdrücklich auf jeden Nachbesitzer erstreckten Vorkaufsrechts, aus den Jahren 1857 und 1858 klare Belege dafür, daß das herzogl. Stadtgericht und das vormalige Justizcollegium zu Gotha, sowie auch das Oberappellationsgericht zu Jena der rechtlichen Ansicht sind, daß ein Vertrag, auch wenn er gerichtlich confirmirt ist, einem obligatorischen Rechtsverhältnisse seinem Wesen nach nie dingliche Wirksamkeit verleihen könne.

„2) Was das Recht im Königreich Sachsen betrifft, so ist richtig, daß nach der Decision 27 vom Jahre 1746 und nach dem Mandate vom Jahre 1827 ein Vor- und Wiederkaufsrecht ausnahmsweise dann, wenn es jemandem um einen im Voraus bestimmten Preis zustand und in einem gerichtlich bestätigten Vertrag constituirt war, im Concurse und bei nothwendigen Veräußerungen außerhalb des Concurses geltend gemacht werden konnte, und daß die ältere Praxis sich der Ansicht zugeneigt hat, daß unter den eben erwähnten Voraussetzungen — bestimmter Rückkaufspreis und gerichtliche Bestätigung — das Vor- und Wiederkaufsrecht eine dingliche Eigenschaft erhalte. Allein jene sächsischen Gesetze haben im Herzogthum Gotha nie gesetzliche Giltigkeit erlangt. Vielmehr schreiben, wenigstens bezüglich der Vorkaufsrechte in directem Gegensatze zu jenen Normen, die Neuen Beifugen zur Landesordnung S. 96 §. 3 und die Proceßordnung S. 168 §. 21 ausdrücklich vor: „„daß die Vorwendung eines Näherrechts, von was für Art es immer sein möge, ferner bei keiner Subhastation, weder einer nothwendigen noch einer freiwilligen, statt haben soll““. Auch enthalten die ausführlichen Bestimmungen der Proceßordnungen über die Vindicanten und Separatisten im Con-

Digitized by Google

curse keine Erwähnung eines jenen sächsischen Bestimmungen entsprechenden Vorzugs der Vor- oder Wiederkaufsberechtigten.

„Die oben erwähnte sächsische Praxis hat aber, wie aus dem hierüber früher Gesagten hervorgeht, bei den gothaischen Gerichtshöfen keine Geltung erlangt. Ebensowenig ist die Vorschrift des sächsischen Hypothekengesetzes vom Jahr 1843, §. 16 Nr. 7, wonach der Eintrag eines Wiederkaufsrechts auch ohne dingliche Bestellung als Dispositionsbeschränkung in die zweite Rubrik des betreffenden Foliums ausdrücklich gestattet worden ist (vgl. hierüber die Schrift von Siegmann, das königl. sächs. Grund- und Hypothekenrecht S. 59 u. folg. S. 67. 68 u. folg.), in die einschlagende gothaische Gesetzgebung übergegangen. Denn nach der Verordnung Nr. 627 der goth. Gesetzsammlung §. 21 sub 2 und §. 66 ist, wie bereits in der angefochtenen Resolution näher ausgeführt ist, nur der Eintrag solcher Dispositionsbeschränkungen statthaft, welche auf correspondirenden dinglichen Rechten anderer beruhen; und es lag auch gar kein Grund vor, in dieser Verordnung eine bloß obligatorische Dispositionsbeschränkung für eintragsfähig zu erklären, da durch das gothaische Hypothekengesetz — abweichend von dem sächsischen — an der Vorschrift der im Herzogthum Gotha geltenden kursächsischen Constitut. 32 P. III, wonach den Vor- und Wiederkaufsrechten durch Bestellung einer Hypothek die Möglichkeit der Ausübung auch gegen den in gutem Glauben verstrenden dritten Besitzer, also dingliche Eigenschaft, verliehen werden kann, nichts geändert worden ist.

„3) Wenn hiernächst in der Recursschrift zur Begründung der Ansicht, daß das gothaische Privatrecht die vertragsmäßige Bestellung eines dinglichen Wiederkaufsrechts gestatte, auf §. 189 des Lehnsmandats (Zus. 73 z. d. R. Bf. z. Landesordn.), sowie auf §. 84 des Ablösungsgesetzes vom 5. November 1853 Bezug genommen wird, so kann auch den desfallsigen Ausführungen ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden. Denn daß nach §. 189 des Lehnsmandats die in das wiederkäuflich veräußerte Lehn nach dem Tode des Käufers succedirenden Mitbelehnten des letztern an den Wiederkaufscontract gebunden sind, ist einfache Folge der Vorschrift im §. 186 jenes Gesetzes, wonach die vom Käufer präsentirten neuen Mitbelehnten nur unter der ausdrücklichen Bedingung angenommen und beliehen werden, daß ihre Mitbelehnschaft bloß so lange dauere, als das Lehn während der Wiedereinlösungszeit nicht eingelöst worden sei, und daß daher, sobald diese Wiedereinlösung zur gehörigen Zeit geschehe, ihr ganzes Mitbelehnschaftsrecht von selbst cessire; im §. 189 ist also die Anerkennung des Wiederkaufsrechts als einer Reallast keineswegs zu finden. Im §. 84 des Ablösungsgesetzes aber kann der Ausdruck „„Wenn ein Wiederkaufsrecht an einem Grundstücke eingeräumt ist ꝛc.““ füglich auch in der Bedeutung „„in Bezug auf ein Grundstück““ verstanden werden, und dieser letztern Auffassung ist jedenfalls der Vorzug zu geben, da eben dem gothaischen Privatrechte die Bestellung eines Wiederkaufsrechts mit dinglicher Wirksamkeit dem Obigen zufolge unbekannt und der obige Satz, welcher an sich keine dispositive Bestimmung enthält, im Einklange mit dem bestehenden Rechtszustande zu interpretiren ist. Aus demselben Grunde kann auch auf den Gebrauch des Wortes „„Eigenthümer““ im weiteren Texte jenes §. 84 kein Gewicht gelegt werden, denn der Käufer eines Grundstücks ist, ungeachtet der persönlichen Haft für den verabredeten Wiederkauf, sobald

Digitized by Google

die Tradition hinzugetreten ist, eben Eigenthümer des erstern, und es paßt daher jener Ausdruck auch auf das rein obligatorische Wiederkaufsverhältnis.

„Nach allem Bisherigen hat das herzogl. Staatsministerium nicht die Überzeugung gewinnen können, daß nach dem im hiesigen Herzogthum giltigen Rechte die vertragsmäßige Bestellung eines Wiederkaufsrechts mit dinglicher Wirksamkeit, ohne Hinzutritt einer Hypothek, zulässig sei, und es hat demzufolge in Übereinstimmung mit der Commission auch dem an der fraglichen Mühle vorbehaltenen Wiederkaufsrechte die dingliche Eigenschaft nicht zugestehen, und seine Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch für statthaft nicht erachten können. Diese Eintragung war auch in der vom Justizamte E. Bl. 5. Act. beabsichtigten Form, nemlich mit Erwähnung des von dem Besitzer der Mühle dagegen erhobenen Widerspruchs, nicht für zulässig zu erachten. Denn nach §§. 93 und 78 der Verordnung Nr. 627 der Gesetzsammlung kann der Eintrag mit einer solchen Bemerkung nur unter der Voraussetzung erfolgen, daß das zum Eintrag angemeldete Recht nach sorgfältiger Prüfung sich als giltig und richtig erweist, die Behauptung aber, daß dasselbe nicht begründet sei, nicht dargethan werden kann; eben jene Voraussetzung aber ist dem Obigen zufolge bei dem vorliegenden Wiederkaufsrechte nicht vorhanden.

„Dagegen mußte der Vorbehalt des Rechtswegs für den A. in der obigen Weise durch die Erwägung gerechtfertigt erscheinen, daß es nicht die Absicht der über das Verfahren bei Herstellung und Fortführung der Grund- und Hypothekenbücher erlassenen Vorschriften sein kann, die processualische Geltendmachung solcher privatrechtlichen Ansprüche, von deren rechtlicher Existenz die Hypothekenbehörden im Wege jenes Verfahrens sich nicht haben überzeugen können, auszuschließen."

Rechtsfälle aus der Spruchpraxis des ꝛc. Appellationsgerichts zu Eisenach,

mitgetheilt von dem Herrn Appellationsgerichtsrath Rebling.

3. Von dem Retracte beim Mengekaufe.

Die Kläger machen gegen den Beklagten das Retractsrecht ex jure incolatus wegen der von B. erkauften und in der Löberschützer Flur gelegenen näher bezeichneten Feldgrundstücke geltend.

Gegen diese in wesentlichen Punkten geleugnete Klage machte Beklagter unter I. II. IV. V. VI der Einredeschrift geltend, daß sein Verkäufer B. sein in Graitschen eigenthümlich besessenes Gut, wozu die in der Klage aufgeführten in der Löberschützer Flur gelegenen Grundstücke als Pertinenzien gehörten, im Ganzen d. h. sowohl sein Wohnhaus nebst Wirthschafts- und Nebengebäuden, als auch seine sämmtlichen sowohl in der Graitschner als Löberschützer Flur gelegenen

Digitized by Google

Grundstücke zusammen für die Gesammtkaufsumme von 9500 Thlr. verkauft habe, welche Kaufsumme weder für die Gebäude, noch für die in Graitschner Flur gelegenen Grundstücke, noch für die in Löberschützer Flur gelegenen einzeln berechnet und ausgeschlagen worden sei. Unter I wird weiter ausgeführt, daß und weshalb dem Verkäufer alles daran hätte gelegen sein müssen, sein gesammtes Gut nur an Einen Käufer zu verkaufen und es nicht durch Einzelnverkäufe zu zersplittern, und unter V wird auseinandergesetzt, daß und weshalb Beklagter auf den Kauf des bloß in Dorf und Flur Graitschen gelegenen B.schen Besitzthums nicht eingegangen sein würde, daß er vielmehr nur in Rücksicht auf die Löberschützer Grundstücke den Gesammtkauf abgeschlossen habe. Unter VI wird weiter angeführt, wie es sich mit der in der Klage angegebenen Kaufsumme von 4000 Thlr. für die in der Löberschützer Flur gelegenen Grundstücke und mit dem in der Klage gedachten Kaufaufsatze darüber verhalte; Beklagter habe nämlich lediglich zum Zweck der Berechnung seiner für die mitgekauften Löberschützer Grundstücke an die dasige Gemeindekasse zu entrichtenden Abgabe den Werth dieser Grundstücke auf 4000 Thlr. veranschlagt, und dem Bürgermeister von Löberschütz diese Summe als diejenige angegeben, von welcher er die Gemeindeabgabe berechnen möge; derselbe habe aber statt einer bloßen katastermäßigen Beschreibung der fragl. Grundstücke einen förmlichen der Wahrheit nicht entsprechenden Kaufaufsatz gefertigt, in welchem er eine besondere Kaufsumme von 4000 Thlr. aufgenommen, und welchen sie, Beklagter und sein Verkäufer, ohne ihn vorher gelesen zu haben, aus Irrthum unterschrieben hätten.

Unter I hatte Beklagter insbesondere auch noch einen Verzicht der Kläger auf das libellirte Retractrecht behauptet, indem in einer Löberschützer Gemeindeversammlung, in welcher sämmtliche jetzige Kläger gegenwärtig gewesen, in Bezug auf ein von dem Verkäufer B. dem Bürgermeister gemachtes Anerbieten, das B.sche Grundbesitzthum für die vom Beklagten gebotene Kaufsumme von 9500 Thlr. zu kaufen, beschlossen worden sei, dem B. durch den Bürgermeister eröffnen zu lassen, daß weder die Gemeinde als solche, noch auch eins oder das andere Glied oder einzelne Glieder derselben sein Gut zu kaufen sich entschließen könnten.

Unter III wurde die Einrede der Verjährung, und unter VII weiter vorgeschützt: daß Beklagter schon im Jahre 1845 auch in Löberschütz das Nachbarrecht erworben habe.

Die behauptete Verjährung des libellirten Retractrechts (Marklosung) wurde in folgender Weise zu begründen gesucht: „Seit dem 17ten, ja schon seit dem 16ten Jahrhunderte sei bei Verkäufen über das

Digitized by Google

B.sche Gut das Incolatrecht nicht geltend gemacht worden, und letzteres sei daher überhaupt erloschen."

Das Kreisgericht zu W. erkannte auf Beweis der Klage unter Vorbehalt des directen und indirecten Gegenbeweises. Auf die klägerische Appellation wurde dieser Bescheid dahin abgeändert, daß die unter I vorgeschützte Einrede, soweit sie einen Verzicht der Kläger auf das libellirte Retractrecht behaupte, sowie die Einrede III der Verjährung, als irrelevant und unstatthaft zu verwerfen und vom indirecten Gegenbeweise auszuschließen sei. Die Gründe des Appellationsgerichts für sein Erkenntnis waren folgende:

„Die Erheblichkeit der unter I. II. IV. V und VI der Einredeschrift vom Beklagten excipirten Thatsachen hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob das Retractrecht auch in Bezug auf einen s. g. Mengekauf, welcher dem Retracte nicht unterliegende Grundstücke mit umfaßt, geltend gemacht werden kann, und ob in einem solchen Falle der Retrahent in den ganzen Kauf eintreten muß. Die Rechtslehrer sind darüber verschiedener Ansicht. Kind, quaest. forenses. T. II. cap. LXXVI pag. 374. Glück, Erläut. der Pand. Bd. XVI S. 182. Holzschuher, Theorie und Casuistik II 1 S. 735. Die Kläger bestritten in ihrer Replikschrift unter Beziehung auf Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 287, daß bei einem Mengekauf der Retrahent auch die dem Retracte nicht unterworfenen Gegenstände zu übernehmen genöthigt sei, und allerdings spricht die angezogene Stelle ganz zu ihren Gunsten. Derselben Ansicht sind auch Kind l. c. und die von ihm in nota c angeführten Schriftsteller. Glück a. a. O. dagegen lehrt, daß bei einem Sammt- oder Mengekauf der Retrahent verbunden sei, entweder in den ganzen Kauf zu treten oder von dem Retracte gänzlich abzustehen, wenn es nemlich bei dem geschlossenen Contracte zur Bedingung gemacht wäre, daß alles beisammen bleiben müsse, sodaß der Käufer den Kauf gar nicht geschlossen haben würde, wenn er das dem Retract unterworfene Grundstück nicht zugleich mit erhalten hätte. Er beruft sich hierfür in not. 13 auf eine Anzahl von Rechtslehrern, z. B. Walch, Näherrecht S. 207. Danz, deutsches Privatrecht 2. B. §. 195 S. 203.

„Nach von Zangen, Beiträge z. deutschen Recht S. 24 soll diese Verbindlichkeit des Retrahenten überhaupt dann eintreten, wenn der Käufer beweisen kann, daß er ohne die dem Retract unterworfenen Güter die andern nicht erkauft haben würde; was im vorliegenden Falle Beklagter unter V behauptet.

„Eichhorn, deutsch. Privatrecht §. 102 lehrt, daß der Ausübung des Retracts auch bei einem s. g. Mengekauf nichts entgegenstehe, sofern nur der Retrahent auf Verlangen des Käufers alle Bedingungen zu erfüllen bereit sei.

„Ortloff in seinen Grundzügen des deutsch. Privatr. S. 435 hält dagegen die Ausübung des Näherrechts in Ansehung aller derjenigen einzelnen Grundstücke für statthaft, für welche der antheilige Kaufpreis durch Sachverständige auszumitteln ist.

„Auch Curtius, Handb. des sächs. Civilr. §. 1423[a] lehrt, daß die dem Retract unterliegende Sachen von den übrigen getrennt und der Werth

Digitized by Google

derselben durch Taxation ausgemittelt werde, welche Meinung auch vom Appellationsgericht angenommen sei (not. 12). Er fügt jedoch hinzu, daß, wenn der Käufer die übrigen Stücke nicht behalten wolle, der Retrahent sie auch mit annehmen müsse.

„Bei diesen Verschiedenheiten der Ansichten läßt sich die aufgeworfene Frage nicht durch bloße Bezugnahme auf eine der angezogenen Autoritäten entscheiden, es muß vielmehr die Entscheidung aus dem Wesen des in Rede stehenden Rechtsverhältnisses selbst hergeleitet werden, und hiernach ist anzunehmen, daß, wenn, wie im vorliegenden Falle vom Beklagten behauptet ist, ein zusammengehöriger Grundbesitz, als ein Ganzes, als Gut für eine Gesammtkaufsumme verkauft worden ist, derjenige, dem in Bezug auf einzelne dazu gehörige Grundstücke ein Retractrecht zusteht, dasselbe nur in der Weise ausüben kann, daß er in den Gesammtkauf eintritt; es folgt dies nothwendig daraus, daß der Retrahent die Bedingungen erfüllen muß, unter welchen die zu retrahirende Sache erworben worden ist. Denn wenn in Bezug auf ein Grundstück, welches retrahirt wird, kein besonderer Kauf abgeschlossen worden, dasselbe vielmehr in einem über einen Complex von Grundstücken abgeschlossenen Gesammtkaufe inbegriffen ist, so gehört eben der Erwerb des ganzen Complexes zu den Bedingungen, unter welchen das einzelne dem Retract unterliegende Grundstück erworben worden ist; es würde in der That der lex contractus, den getroffenen vertragsmäßigen Bestimmungen und Bedingungen, wonach das Gut als ein zusammengehöriges Ganzes verkauft worden ist, zuwiderlaufen, wenn einzelne Theile davon abgerissen werden sollten. Auch läßt sich eigentlich ein Eintritt in den Kauf einzelner dazu gehöriger Grundstücke gar nicht denken, da ein solcher von dem Kaufe des ganzen Complexes abzusondernder Kauf nicht vorliegt. Der Eintritt in den Gesammtkauf ist auch nach ausdrücklicher Vorschrift in §. 10. des Patentes vom 6. März 1760 (vgl. Göckel, Gesetzsammlung Bd. I S. 183) erforderlich, und es soll hiernach in einem solchen Falle das Vorkaufsrecht überhaupt nur dann statthaben, wenn das oder diejenigen Stücke, wovon dem Einständer das Näherrecht gebühret, über die Hälfte des Kaufgeldes ausmacht, eine Bestimmung, welche auch in einer Coburger Verordnung vom 19. Sept. 1812 §. 8 sich findet, wonach der Nähergelter, dem an einer einzelnen in einem Mengekauf begriffenen Sache das Näherrecht zusteht, die ganze Masse erkaufen muß, und nur dann dazu berechtigt ist, wenn ihm wenigstens hinsichtlich der Hälfte dieser Masse das Näherrecht zusteht, Heimbach, Privatrecht §. 218 not. 2.

„Da nun nach dem eigenen Anführen der Kläger der Kaufpreis für die libellirten Grundstücke nur 4000 Thlr. beträgt, während nach der Behauptung des Beklagten das ganze Gut für 9500 Thlr. verkauft worden ist, so würden die Kläger, wenn dies erwiesen wird, nach jener Bestimmung des angezogenen Patents, abgesehen davon, daß sie sich nicht zum Eintritt in den Gesammtkauf erboten haben, auch deshalb abzuweisen sein, weil dann die fragl. Grundstücke nicht die Hälfte des Kaufgeldes für das ganze Gut ausmachen. Wenn ferner die Behauptung des Beklagten, daß die libellirten in Löberschützer Flur gelegenen Grundstücke Pertinenzien des in Graitschen gelegenen verkauften Gutes seien, erwiesen wird, so stellt sich aus diesem Grunde die Klage als unstatthaft dar, weil dann nach dem Grundsatze accessorium sequitur principale die Pertinenzgrundstücke überhaupt nicht durch

Digitized by Google

Retract von Seiten der Löberschützer Ortsbürger von dem Hauptgute getrennt werden können.

„Es können daher die oben hervorgehobenen vom Beklagten behaupteten Thatsachen keineswegs für unerheblich erachtet werden; übrigens sind sie auch gar nicht Gegenstand des indirecten, sondern nur des directen Gegenbeweises, da sie direct gegen die Klagbehauptung, daß B. die libellirten Grundstücke an den Beklagten für die Kaufsumme von 4000 Thlr. verkauft habe, gerichtet sind und somit als s. g. exceptio rei non sic sed aliter gestae sich darstellen.

„Wenn man ferner auch annehmen will, daß nach dem Anführen unter I der Einredeschrift nicht nur die Gemeinde als solche sondern auch die Kläger das Kaufanerbieten abgelehnt haben, so ist dies doch für die Entscheidung dieses Rechtsstreites unerheblich; denn wenn Kläger beweisen, daß die libellirten Grundstücke besonders für die Kaufsumme von 4000 Thlr. verkauft worden sind, so kann darin, daß sie das Anerbieten, das gesammte B.sche Besitzthum für 9500 Thlr. zu kaufen, abgelehnt haben, kein Verzicht auf ihr Retractrecht hinsichtlich der libellirten Grundstücke erblickt werden; beweisen dagegen die Beklagten, daß das ganze Besitzthum für einen Gesammtkaufpreis von 9500 Thlr. verkauft worden ist, so sind die Kläger ohnehin abzuweisen, ohne daß auf den behaupteten Verzicht etwas ankommt.

Beklagter wendete hiergegen das Rechtsmittel der Oberberufung ein und führte an:

„Es sei das Anerbieten und Angebot sowohl der bloß in der Löberschützer Flur gelegenen B.schen Grundstücke allein und für sich, als auch des gesammten und unzertrennten B.schen Grundbesitzthums von Seiten des Verkäufers B. an die Löberschützer Einwohner zusammen, sowie auch an einzelne Mitglieder der Gemeinde Löberschütz erfolgt, und zwar zu einer Zeit, als der Beklagte und sein (späterer) Verkäufer B. noch keinen verbindenden Vertrag über die Grundstücke qu. abgeschlossen gehabt hatten.

Das Oberappellationsgericht erkannte aber lediglich bestätigend mit nachstehender Motivirung:

„In der Einrede I führt nämlich der Beklagte an, daß sein Verkäufer B. von Graitschen aus verschiedenen Gründen bewogen worden sei, sein Gut, nemlich sowohl in der Löberschützer als auch die in der Graitschner Flur gelegenen Grundbesitzungen, zusammen zu verkaufen, daß derselbe daher dem Bürgermeister und dem Mitkläger B. zu Löberschütz seine Löberschützer und Graitschner Grundstücke um die Summe, welche der Beklagte ihm für dieselben als einen Gesammtkaufs-Gegenstand geboten, zum käuflichen Erwerb im Ganzen angeboten habe, daß aber in einer deshalb stattgefundenen Gemeindeversammlung, in welcher namentlich auch die jetzigen Kläger sämmtlich gegenwärtig gewesen, der einstimmige, dem Verkäufer B. auch kurz darauf bekannt gemachte Beschluß der erforderlichen Mehrheit dahin ausgefallen sei, daß weder die Gemeinde Löberschütz als solche, noch auch einzelne Glieder derselben das B.sche Gut kaufen wollten, und daß auch noch überdem der Mitkläger B. nach der erwähnten Gemeindeversammlung dem ꝛc. B. zu erkennen gegeben habe, daß keiner der Löberschützer Einwohner sein Gut kaufen möge. Diese auf die obigen Umstände gegründete Einrede des Verzichts von Seiten der Kläger auf die Ausübung des ihnen zustehenden Re-

Digitized by Google

tractrechts erscheint aber in Verbindung mit der rechtskräftig zugelassenen Einrede IV, daß der von dem Beklagten abgeschlossene Kaufvertrag ein Gesammt- und Mengekauf sei und daß für das ganze B.sche Gut als Kaufpreis die Gesammtsumme von 9500 Thlr., welche für die verschiedenen Grundbesitzungen nicht einzeln berechnet und ausgeschlagen worden, bestimmt worden sei, der vorliegenden Klage gegenüber offenbar als unerheblich. Denn wird, wie in den Gründen des vorigen Erkenntnisses bereits ganz richtig bemerkt worden ist, die Einrede des Mengekaufs bewiesen, so findet die nur auf die Löberschützer Grundstücke gerichtete Retractsklage ohnedies nicht statt. Bleibt dieser Einwand aber unerwiesen, so kann der Verzicht auf die Ausübung des Näherrechts rücksichtlich der sämmtlichen, den Klägern zum Kauf im Ganzen angebotenen, B.schen Grundbesitzungen, denselben nicht rücksichtlich des ihnen wegen einzelner und namentlich wegen der Löberschützer Grundstücke zustehenden Retractrechts präjudiciren. Es hat nun zwar der Beklagte in der jetzigen Instanz noch zu behaupten versucht, daß der Verkäufer B. die in der Flur von Löberschütz gelegenen Grundstücke auch allein und für sich den dasigen Einwohnern zum Kauf angeboten habe, allein dieses nachträgliche Vorbringen erscheint offenbar als verspätet und kann daher gegenwärtig nicht weiter berücksichtigt werden.

„Ebenso unbegründet erscheint die fernere, auf die Einrede III sich beziehende Beschwerde. Nach dieser Einrede soll nemlich das in Frage stehende Retractrecht durch Verjährung erloschen sein, indem seit dem 17ten, ja selbst schon seit dem 16ten Jahrhundert bei den in Beziehung auf das B.sche Gut vorgekommenen Veräußerungen ein derartiges Retractrecht nicht ausgeübt worden sei. Allein es leuchtet von selbst ein, daß in dieser Allgemeinheit von einer erlöschenden Verjährung des Retractrechts überall nicht die Rede sein könne. Daß eine längere Zeit hindurch sich niemand gefunden, der von dem Retractrecht Gebrauch gemacht hat, dies beruht offenbar auf zufälligen Gründen. In keiner Weise kann dadurch die Befreiung des betreffenden Guts von dem darauf bezüglichen Retractrecht für alle künftigen Veräußerungsfälle und rücksichtlich aller Personen verlangt werden, die hierbei von einem Retractrecht Gebrauch machen wollen. Das Retractrecht wird in jedem einzelnen Veräußerungsfalle besonders begründet und kann auch nur in Beziehung auf diesen Fall durch Nichtgebrauch während der gesetzlichen Verjährungszeit verloren gehen. Eher ließe sich noch annehmen, wie von dem klägerschen Anwalt in der Replikschrift bemerklich gemacht worden ist, das für einen ganzen Distrikt und rücksichtlich sämmtlicher darin gelegenen Grundstücke der gesetzlich bestehende retractus ex jure incolatus durch desuetudo außer Anwendung kommen könne. Allein auch diesem steht der Umstand entgegen, daß es sich bei dem Retract lediglich um ein Permissiv-Gesetz handelt, wodurch einer gewissen Klasse von Personen eine bestimmte Befugnis eingeräumt ist, diese aber nicht aus dem Grunde überhaupt verloren gehen kann, weil einzelne dieser Personenklasse von ihrem Rechte keinen Gebrauch gemacht und auf dasselbe verzichtet haben. Glück, Erl. der Pand. Bd. I S. 319—521. v. Savigny, Syst. des heut. Röm. Rechts Bd. I S. 295 fg.“

Digitized by Google

1) Über das Vermögen der Wüstungsgemeinden im Großherzogthum Sachsen.
2) Form der Proceßvollmachten in Rechtsstreitigkeiten der Gemeinden.

Ein Rechtsfall, mitgetheilt von dem Herrn Auditor Dr. Schambach zu Weimar.

Im Großherzogthum gibt es eine Reihe sog. Wüstungsgemeinden, welche bis zum Eintritt der Gemeindeordnung vom 22. Februar 1850 eine besondere Flur bildeten, von da an aber dem Bezirke einer der zunächst gelegenen politischen Gemeinden zugewiesen wurden. Es ist nun mehrfach die Frage entstanden, ob damit den letzteren auch das Vermögen der Wüstungsgemeinden angefallen sei, und Sachse hat diese Frage in diesen Blättern Bd. I S. 367 ff. bejahend beantworten zu müssen geglaubt. In einem neuerdings vor dem Kreisgericht Weimar geführten Processe ist dieselbe jedoch verneinend entschieden worden.

In jenem Processe stellte die Gemeinde Oe. eine Klage wesentlich dahin an:

Durch ein Rescript des Großh. Staatsministeriums vom 6. November 1850 sei die sog. Wüstung F. dem Gemeindebezirke Oe . . . zugewiesen und bilde seitdem einen Theil der Flur von Oe. Die gedachte Wüstung habe früher die Flur einer im Bruderkriege oder im 30jährigen Kriege zerstörten Ortschaft gebildet, deren Bewohner nach der Zerstörung in den benachbarten Orten Aufnahme gefunden und von da aus ihre Äcker bewirthschaftet hätten. Die Besitzer von Grundstücken der Wüstung hätten sich jedoch nach wie vor fortwährend in ihrer Gesammtheit als eine Gemeinde betrachtet. Denn sie hätten regelmäßig zu gewissen Zeiten Flurzüge, Hegemahle, gehalten, und als Gesammtheit den Namen Gemeinde, ihre Vorsteher und Beamten aber die Namen Schultheiß und Heimbürge geführt. Auch seien diese Beamten von Großh. Beamten bestätigt und die Zusammenkünfte der Mitglieder von Großh. Beamten in dieser Eigenschaft besucht worden, wodurch der Staat seine fortdauernde Anerkennung der Gesammtheit der Mitglieder als Gemeinde, als politischer Corporation, ausgesprochen habe.

Das Vermögen der Wüstung, zu welchem etwa 10 Acker Grundbesitz mit einem jährlichen Abwurf von mindestens 55 Thlrn. gehörten, sei auch stets als Gemeindeeigenthum angesehen und dessen Abwurf früher zu Wegebauten, für Feldpolizei u. s. w., überhaupt zur Deckung der Kosten der Verwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten, seit der Einverleibung in den Gemeindebezirk Oe . . . aber von denjenigen, wel-

Digitized by Google

che Grundstücke der früheren Flur F. besaßen, zu gemeinschaftlichen Vergnügungen verwendet worden.

Diese Besitzer von Grundstücken der Wüstung F.. hätten nun mit dem Eintritt der GO. von 1850, äußersten Falls mit der Verbindung des fraglichen Districts mit dem Gemeindebezirk Oe., aufgehört, eine Gemeinde, eine juristische Person mit Vermögensfähigkeit zu sein. Denn nach der GO. von 1850, nach welcher die ganze Bevölkerung des Staats in Ortsgemeinden zerfalle und die Ortsgemeinde die Gesammtheit der Gemeindeangehörigen umfasse, setze der Begriff einer Ortsgemeinde einen besondern Ort voraus, in welchem ihre sämmtlichen Angehörigen ihren wesentlichen Wohnsitz hätten, und hiermit sei das Bestehen einer Gemeinde ohne einen solchen Ort unvereinbar.

Da jedoch die vormalige Gemeinde F. als solche die Eigenschaft der juristischen Persönlichkeit gehabt habe, so habe auch ihr Vermögen nicht etwa unter die einzelnen Mitglieder vertheilt werden dürfen und sei auch in der That nicht vertheilt worden, dasselbe sei daher ihrem Nachfolger zuzuerkennen, als welcher nur die Gemeinde Oe. gelten könne.

Denn der Verband zwischen den Mitgliedern der Gemeinde F. sei lediglich sachlicher Natur, die Mitgliedschaft durch den Besitz eines Grundstücks bedingt gewesen. Nur die Grenze, welche die Gemeinde F. nach allen Seiten von andern Fluren getrennt, habe die Besitzer von Grundstücken darin zu einer besonderen Gemeinheit gemacht. Indem nun die Grenze der Flur Oe. auf die Grenzen der Wüstung F. ausgedehnt worden, dergestalt daß sie die Wüstung in sich schließe, sei, was von der Wüstung F. nicht Privateigenthum gewesen, Eigenthum der Gemeinde Oe. geworden. Auch wären durch die Vereinigung der Wüstung F. mit der Flur Oe. zugleich die in Art. 16 der GO. von 1850 gedachten Verpflichtungen, wie z. B. Herstellung und Erhaltung der zum öffentlichen Verkehr erforderlichen Wege, Brücken, Stege u. s. w. auf die Gemeinde Oe. übergegangen, und es sei daher eine selbstverständliche Folge, daß ihr die auch in der That zu Gemeindezwecken bestimmt gewesenen Nutzungen von der ihrem Bezirk einverleibten Wüstung F. gebührten.

Auf Grund dieser Ausführungen wurden die jetzigen in verschiedenen Orten wohnenden Besitzer von Grundstücken der früheren Wüstung F., 50 an der Zahl, als Litisconsorten in Klage genommen und das Petitum dahin gestellt, es seien die Verklagten schuldig, „das Eigenthum der Gemeinde Oe. an dem Vermögen der vormaligen Wüstungsgemeinde F. anzuerkennen und in die Ausantwortung desselben an die Gemeinde Oe. zu willigen." Das Kreisgericht wies die Klage in der angebrachten Maße ab und sprach außerdem aus, daß der Klä-

Digitized by Google

gerische Sachwalter, welcher nur eine von dem Bürgermeister zu De. unterschriebene Vollmacht beigebracht hatte, durch Nachweis der Genehmigung der Gemeindeversammlung zu De. zur Proceßführung binnen 14 Tagen bei 3 Thlr. Strafe sich besser als geschehen zu legitimiren habe.

Dabei wurden namentlich folgende Motive zu Grunde gelegt:

„Wenn man auch der Gemeinde De. als angeblichem Universalsuccessor der Gemeinde F. nicht eine dingliche Universalklage auf Anerkennung des Eigenthums am Vermögen der letzteren zugestehen kann, wie solche nach dem ersten Theile des Klagpetitums angestellt zu sein scheint, so lautet doch das Klagpetitum in seinem zweiten Theile dahin, daß die Beklagten schuldig seien, in Ausantwortung des gedachten Vermögens an die Gemeinde De. zu willigen, und da die Klage hiernach allenfalls auch als eine obligatorische Klage — ex lege — sich auffassen läßt, so würde an sich aus dem bloßen Petitum ein Bedenken gegen die Statthaftigkeit derselben nicht gerade entnommen werden können. Wohl aber sind dem Klaggesuch factische Unterlagen gegeben, welche dasselbe in keiner Weise zu rechtfertigen vermögen. Denn für den Übergang des fraglichen Vermögens an die Gemeinde De. in Folge der Zuweisung der Wüstung F. zum Gemeindebezirke der ersteren — und auf diese Zuweisung ist die Klage lediglich und allein gestützt — mangelt es an jedwedem Rechtsgrunde.

„Die Klage leidet zunächst schon in sich selbst an einem wesentlichen, deren Verwerfung in der angebrachten Maße begründenden Widerspruche. Denn während sie Eingangs besonderes Gewicht darauf legt, daß die Gemeinde F. bis zum Jahr 1850 als politische Gemeinde fortbestanden habe und als solche vom Staate stets anerkannt worden sei, sagt sie Bl. 3b ausdrücklich, der Verband der Gemeinde F. sei nur sachlicher Natur gewesen. War aber das letztere der Fall, hatte also mit anderen Worten jener Verband höchstens den Charakter einer privatrechtlichen Corporation, so ist es geradezu als selbstverständlich anzusehen, daß von einem Anspruch der Gemeinde De. auf das hier fragliche Vermögen zu Folge des in der Klage gedachten Rescripts vom 6. Novbr. 1850 nicht die Rede sein kann. Denn war dies Vermögen bloßes Privateigenthum, einerlei ob einer societas oder einer privatrechtlichen Corporation, so hatte der Staat auch kein Recht, über dasselbe zu disponiren, und je sorgfältiger in der GO. von 1850 überall die wohlerworbenen Rechte Einzelner oder ganzer Classen ausdrücklich gewahrt und vorbehalten sind, um so weniger kann auch der die Vorschriften dieser GO. nach der eignen Darstellung der Klägerin lediglich in Bezug auf die Wüstung F. zur Ausführung bringenden Verwaltungsmaßregel, durch welche die Zuweisung der Wüstung F. an die Gemeinde De. erfolgte, die Auslegung gegeben werden, als habe der Staat sich jene Dispostition über das Privatvermögen der F.schen Grundstücksbesitzer anmaßen wollen. Vielmehr darf in jener Maßregel nur die Zuweisung der bisher eine besondere Flur bildenden Grundstücke der Wüstung F. zum Gemeindebezirke De. — ohne allen Einfluß auf das Vermögen der Wüstung F. — gefunden werden.

„Wäre aber auch jener Widerspruch im Klagvortrage nicht vorhanden, sondern bestimmt die Natur der Wüstung F. als einer politischen Gemeinde

Digitized by Google

behauptet, so würde man selbst dann das Klaggesuch als gehörig begründet nicht erachten können.

„Die Klage geht dann wesentlich von folgender Argumentation aus (die Klage wird hier kürzlich zusammengefaßt). — In dieser Deduction ist jedoch nach keiner Richtung ein juristischer Schluß enthalten. Denn hätte der Staat wirklich im Jahr 1850 die juristische Persönlichkeit des Gemeindeverbandes F. vollständig aufgelöst, so hätte das Vermögen desselben nach der einen Theorie nur dem Fiscus, nach der andern höchstens den letzten Mitgliedern, in keinem Falle aber der Gemeinde Oe. anheimfallen können. Auch läßt sich die Sache nicht etwa so auffassen, als ob die Auflösung seitens des Staats nur mit der Modification geschehen wäre, daß das Vermögen von F. an Oe. kommen solle. Denn dies ist nirgends ausgesprochen, noch auch aus den von der Klägerin angeführten Umständen irgendwie zu folgern, indem die Absicht der Staatsregierung, die Gemeinde Oe. zur Universalnachfolgerin der Gemeinde F. zu machen, ebensowenig aus der Vereinigung der beiden Flurbezirke, als aus der — überdies durch die mit dieser Vereinigung eingetretene Vermehrung der steuerpflichtigen Sub- bezüglich Objecte hinlänglich ausgeglichenen — Erhöhung der Oe...schen Gemeindelasten auch nur mit einigem Scheine geschlossen werden kann.

„Vor allem aber muß der libellirte Anspruch auf das Vermögen der Wüstung F. zu Folge des Zuweisungsrescripts vom 6. Novbr. 1850 bei einer richtigen Beurtheilung des letzteren auf Grund unsrer neueren Landesgesetzgebung als völlig unhaltbar sich darstellen.

„Das erste hier einschlagende neuere Gesetz ist die Landgemeindeordnung vom 2. Febr. 1840. Diese kennt nach §. 1—4 nur Ortsgemeinden und spricht daneben nur noch von der Heimathsbezirksgemeinde und der Kirchgemeinde, zu denen der Ort gehört. Sie setzt zum Begriff einer politischen Landgemeinde vor allem einen Ort voraus, dessen Einwohner wesentlich die Gemeinde bilden sollen, und da dies Erfordernis bei der Wüstung F. nicht vorlag, so kann dieselbe — sie mag früher eine politische Gemeinde gewesen sein oder nicht — seit Eintritt der LandGO. nicht mehr als eine politische Gemeinde in dem Sinne unsres particularen öffentlichen Rechts betrachtet werden. Es folgt daher aus den Bestimmungen der LandGO. allerdings der Untergang der Gemeinde F. als einer politischen Corporation, ein Weiteres aber folgern zu wollen, wäre ohne allen Grund. Vielmehr bestanden alle sonstigen Verhältnisse der Wüstung F. nach wie vor unverändert fort, und war sie vorher eine juristische Person, wie die Klage behauptet, so blieb sie es gerade so gut wie die Altgemeinden, deren fortdauernde privatrechtliche juristische Persönlichkeit neben der politischen Gemeinde her von niemand bestritten wird.

„Fragt man nun weiter, ob die GO. vom 22. Febr. 1850 nebst der dazu gehörigen Ausführungsverordnung vom 28. Febr. 1850 hierin einen wesentlichen Umschwung herbeigeführt habe, so ist auch diese Frage mit Entschiedenheit zu verneinen. Auch die GO. vom Jahr 1850 kennt nur Ortsgemeinden, neben denen es politische Gemeinden ohne Ort, wie die Wüstung F., nicht gibt. Während aber nach der LandGO. noch sehr viele Grundbesitzungen einem Ortsgemeindebezirk, sehr viele Staatsangehörige einer Ortsgemeinde überhaupt nicht angehörten, stellt die GO. vom Jahr 1850 den Grundsatz fest, daß die ganze Bevölkerung des Staats in Ortsgemeinden,

Digitized by Google

das ganze Staatsgebiet in Gemeindebezirke zerfalle, alle Staatsangehörige daher einer Gemeinde, alle Grundstücke (mit wenigen gesetzlich geregelten Ausnahmen) einem Gemeindebezirke angehören müssen, und es bestimmt demgemäß Art. 5 der GO. von 1850 vergl. mit §. 5 der VO. vom 28. Febr. 1850, daß Grundstücke, welche bisher vom Gemeindeverbande ausgeschlossen waren, in der Regel mit dem ihnen zunächst gelegenen Gemeindebezirke zu verbinden seien. So mußten denn auch die Grundstücke der Wüstung F., welche zu einem Gemeindeverbande in dem Sinne der LandGO. und der GO. von 1850 nicht gehört, sondern eine besondere Flur für sich gebildet hatten, einem Gemeindebezirke zugewiesen werden, und dies — aber auch lediglich dies — war der Zweck ihrer Zuweisung zum Gemeindebezirk Oe. durch das Ministerialrescript vom 6. Novbr. 1850.

„Durch jenes Rescript wollte offenbar die Großh. Staatsregierung nur den angezogenen Art. 5 der GO. von 1850 und den §. 5 der VO. vom 28. Febr. 1850 in Bezug auf den einzelnen Fall zur Ausführung bringen, und es fiel durch jene Vereinigung der Flur F. mit der politischen Gemeinde Oe. für die Zukunft sogar noch ein weiterer, durch die LandGO. von 1840 nicht ausgeschlossener Theil der von dem Verbande der F....schen Grundstücksbesitzer verfolgten Zwecke (Wege-, Brückenbau u. s. w.) hinweg. Allein die Verfolgung andrer gemeinsamer Zwecke wurde damit nicht abgeschnitten und so dauert die juristische Persönlichkeit der Wüstung F., falls sie überhaupt vorhanden gewesen, auch nach der GO. von 1850 ungehindert fort. Es gibt daher auch noch keine Succession in deren Vermögen.

Schließlich mag beiläufig gedacht werden, daß die hier entwickelte Ansicht auch durch die Landtagsverhandlungen von 1849, namentlich S. 681, unterstützt wird, indem daraus nicht undeutlich die Absicht der Staatsregierung bei der GO. von 1850 dahin hervorgeht, sich in derselben mit den Wüstungsgemeinden überhaupt nicht zu befassen."

Dieser Bescheid wurde vom Appellationsgericht zu Eisenach in der Hauptsache bestätigt, die vom Kreisgericht ergangene Auflage besserer Legitimation aber in Wegfall gebracht. Die Entscheidungsgründe hoben hervor:

„A) Zur Confirmatoria.

„Die ausgesprochene Verwerfung der Klage in der angebrachten Maße ist durch die dem vorigen Bescheide beigegebenen Gründe auf eine so überzeugende und schlagende Weise motivirt worden, daß man wohl berechtigt ist, sich auf dieselben zu beziehen.

„Der vorige Richter hat sogar bei der Mehrheit und Stichhaltigkeit der Gründe, welche er für seine Entscheidung hervorgehoben hat, von einigen Momenten absehen zu können geglaubt, welche die Beklagten noch gegen die Statthaftigkeit der Klage vorgebracht hatten und welche unsres Erachtens gleichfalls die Abweisung der Klage in der angebrachter Maße zu begründen scheinen.

„1) Das Klaggesuch nemlich entspricht lediglich der Eigenthumsklage. Es wird zunächst a) im Allgemeinen Anerkennung des Eigenthums der klägerischen Gemeinde am Vermögen der vormaligen Wüstungsgemeinde, und b) im Anschlusse daran weiter Verurtheilung der Beklagten in die Ausantwortung desselben (des Vermögens) zu willigen, gebeten. In letztrer

Digitized by Google

Beziehung ist das Gesuch ein rein consecutives, aus der Bewilligung des ersten folgendes, ohne welches dieses erste (auf allgemeine Eigenthumsanerkennung) für die concreten Fälle der Erhebung von Eigenthumsklagen ganz unpraktisch sein würde. Das letztere darf daher nicht aus dem Zusammenhange herausgerissen und als selbständiges etwa aus einer obligatio ex lege abgeleitetes, aufgefaßt werden, wie der vorige Richter, officium nobile judicis premendo, angenommen hat, — eine Annahme, welche im vorliegenden Falle der Klägerin schon darum nichts nützen kann, da diese nicht vermocht hat, eine ihr Gesuch begründende lex anzuführen. Das von der Klägerin in der That aufgestellte Gesuch der Eigenthumsklage ist aber hier unstatthaft, wenn man erwägt; aa) daß ein Vermögen als solches nicht Gegenstand der vindicatio vel quasi sein kann, und bb) daß das im Gesuch benannte Vermögen qu. nach Bl. 2 lediglich in Grundstücken besteht, welche als Gegenstand der Vindication näher hätten bezeichnet werden müssen, l. 6 in f. D. de rei vind. (6. 1). Dazu kommt, daß der angestellten Klage als einer Eigenthumsklage die Voraussetzungen dieser sowohl als reiner (civiler) Eigenthumsklage — gerichtliche Bestätigung und Zuschrift im Kataster — wie auch als natürlicher Eigenthumsklage (ex conditione usucapiendi) — tauglicher Erwerbstitel und Tradition der erworbenen Sachen — abgehen.

„2) Die Ausdrucksweise in der juristischen Bezeichnung der libellirten Wüstungsgemeinde F. variirt in der Klage. Während sie einmal „eine politische Corporation" genannt wird, kommt sie sonst unter dem Namen „juristische Person", „juristische Persönlichkeit", „Gemeinheit", „Gesellschaft" vor. Bei dieser Schwankung im Ausdrucke, zumal auch der Begriff „politische Corporation" für das Civilrecht unbeachtlich erscheint, bleibt es unklar, ob nach der Klage die fragliche Wüstungsgemeinde eine wirkliche politische Gemeinde (welche freilich ohne Ort und Wohnsitz nicht denkbar ist, auch zu keiner Zeit existirt hat) oder eine bloß privatrechtliche Corporation oder überhaupt juristische Persönlichkeit gewesen sein soll.

„Mag übrigens der Verband der F.schen Grundstücksbesitzer ein politischer oder privatrechtlicher gewesen und mag er benannt worden sein, wie er will, so könnte er auch im ersten Falle hier nur nach seiner Vermögens-, mithin privatrechtlichen Seite als Subjekt von Eigenthum (und anderen Privatrechten) in Betracht kommen. Dagegen ist die Vorschrift der Gemeindeordnung im Art. 5 schon als solcher, da die Gemeinden Organe und die Gemeindeordnungen Organisationen des Staatsrechts sind, juris publici, die bloße juristische d. h. privat- und vermögensrechtliche Persönlichkeit konnte daher durch die bloß staatsrechtliche Regulirung der Gemeinden und deren Verhältnisses zu den nach Art. 5 der Gemeindeordnung ihr nun zugewiesenen Subjecten und Objecten gar nicht berührt, am wenigsten in der Weise afficirt werden, daß sie — nach klägerischer Ansicht — in die Gemeinde, welcher sie zugewiesen worden ist, privatrechtlich ganz und gar über und in ihr untergehet. Dazu fehlt es an jedem Anhalte im Civilrecht, unter dessen Normen doch allein das Privateigenthum der physischen, wie juristischen Personen, auch rücksichtlich seines Erwerbes, Verlustes und Überganges stehet.

„B. Die Reformatoria rechtfertigt sich durch die unsrer bisherigen constanten Spruchpraxis entsprechende Erwägung, daß nach Artt. 108 u. 110 der rev. GO. der Gemeindevorstand (bezüglich erste Bürgermeister) syndicus

Digitized by Google

perpetuus et generalis der Gemeinde ist, mit der Befugnis, einen Anwalt anzunehmen, zugleich aber auch nach außen die Gemeinde einzelnen Privatpersonen und Behörden gegenüber zu vertreten befugt ist. Hieraus folgt von selbst, daß er auch in Processen allein und selbständig Vollmachten ausstellen darf.

„Daß die erforderliche Beschlußfassung des Gemeinderathes oder der Gemeindeversammlung über die gegenwärtige Proceßführung für die Gemeinde De. — Art. 102 vgl. Art. 65 Schlußsatz der rev. GO. — stattgefunden hat, das hat der klagend aufgetretene GVorstand lediglich der Gemeinde gegenüber zu verantworten, deren Vertrauen durch Wahl ihn zu seinem Gemeindeamte berufen hat. Die Beschlußfassung des GRaths oder der GVersammlung in den Fällen des Art. 102 betrifft die inneren Angelegenheiten der Gemeinde und der letzteren Vertretung nach innen, welche nach Art. 102 allerdings dem GRath aufruhet und zusteht, während der Gemeindeverkehr nach außen nach Art. 108 dem GVorstand zukommt, so daß dieser ohne weiteres für die Gemeinde vor dem Proceßgerichte selbst auftreten und auch für sich einen Anwalt bevollmächtigen kann."

Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts in Strafsachen.

Vom Herausgeber.

CCCLXIII.

Zu Artt. 252 u. 253. d. StGBuchs.

Gegen Ferdinand M. von R. war Anklage wegen Fälschung eines Urlaubspasses und einer Einberufungsordre — worüber die nachstehenden Entscheidungsgründe das Nähere enthalten — von der Staatsanwaltschaft erhoben worden.

Gegen den von dem rc. Kreisgericht zu S. hierüber ertheilten Verweisungsbeschluß wendete die Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde ein, über welche durch OAGErkenntnis vom 16. Juni 1864 (Nr. 17) dahin erkannt worden ist: es sei dieser Verweisungsbeschluß, insofern derselbe hinsichtlich der in der Anklageschrift unter 1 aufgeführten Einberufungsordre nur auf Anwendung des Art. 252 d. StGBuchs und nicht auf Anwendung des Art. 253 in Verbindung mit Art. 23 Ziff. 1 und Art. 24 des StGBuchs erkannt habe, wieder aufzuheben und statt dessen dahin zu erkennen, daß im Falle der Begründung des Verdachts hinsichtlich der Fälschung und des wissentlichen Gebrauchs der unter 1 des Verweisungserkenntnisses erwähnten Einberufungsordre der Angeklagte nach Art. 253 in Verbindung mit Art. 23 Ziff. 1 und Art. 24 des StGBuchs zu bestrafen sei.

Digitized by Google

In den Gründen ist hierüber Folgendes bemerkt:

„Hinsichtlich der Fälschung des unter 2 des Verweisungserkenntnisses erwähnten Urlaubspasses hat das Verweisungserkenntnis nur angenommen, daß der Angeklagte diesen Urlaubspaß, um sich einen Vortheil zu verschaffen und der Werraeisenbahngesellschaft einen Vermögensnachtheil zuzuziehen, verfälscht habe. Damit war das im Art. 252 d. StGBuchs bestimmte Verbrechen consummirt. Hinsichtlich der unter 1 erwähnten Einberufungsordre dagegen hat das Verweisungserkenntnis nicht nur die Fälschung in der nur gedachten Absicht, sondern auch noch weiter angenommen, daß der Angeklagte diese von ihm verfälschte Urkunde auch gebraucht habe. Diese Handlung ging also weiter als das, was zu Consummation des Verbrechens gegen Art. 252 bei einer selbstverfälschten Urkunde gehört, sie enthielt vielmehr einen Versuch, den im Art. 253 d. StGBuchs vorausgesetzten Erfolg, die wirkliche Verursachung eines Vermögensnachtheils, herbeizuführen, nicht bloß eine vorbereitende Handlung, wie dies die Verfälschung der Urkunde selbst ist. Wenn nun aber demungeachtet das Verweisungserkenntnis die Anwendbarkeit des Art. 253 in Verbindung mit Art. 23 d. StGBuchs nicht anerkannt hat, so kann dies nur in der öfter vorkommenden aber unrichtigen Gesetzesauslegung seinen Grund haben, als ob es einen Versuch des Verbrechens gegen Art. 253 nicht gebe, da dieser Artikel den wirklichen Eintritt des beabsichtigten Vermögensnachtheils voraussetze.

„Allein dadurch, daß Art. 253 zum vollendeten Verbrechen auch den wirklich eingetretenen Vermögensnachtheil voraussetzt, ist nicht ausgeschlossen, daß auch der Versuch dieses Verbrechens nach den allgemeinen in Artt. 23—28 d. StGBuchs niedergelegten Grundsätzen bestraft werden muß, wie ja bei allen im zweiten Theil d. StGBuchs aufgeführten Verbrechen immer nur die Strafe für vollendete Verbrechen bestimmt, und der Versuch des Verbrechens nicht besonders erwähnt, dessen Bestrafung vielmehr den allgemeinen Grundsätzen überlassen worden ist."

CCCLXIV.

Zu Art. 255 d. StGBuchs (Meiningen).

Die ꝛc. Staatsanwaltschaft zu S. hatte bei dem dasigen Kreisgericht gegen Johann Sch. aus H. auf Grund des Art. 255 al. 1 des StGBuchs Anklage erhoben, weil der Angeklagte in der Absicht, sich Geld (400 fl.) und Waaren (im Werthbetrag von 143 fl. 45 Xr.) auf Kredit zu verschaffen, verschiedene Urkunden unbefugter Weise und unter dem Namen dritter Personen angefertigt habe, und beantragt, die Sache zur Hauptverhandlung vor das ꝛc. Kreisgericht zu S. zu verweisen. Das ꝛc. Kreisgericht erkannte jedoch, daß es zur Ertheilung eines Verweisungserkenntnisses incompetent sei und die Sache zur Anklagestellung vor die ꝛc. Oberstaatsanwaltschaft und die Ertheilung eines Verweisungserkenntnisses vor die Anklagekammer des ꝛc. Appellationsgerichts gehöre. Als Grund hiefür war u. a. geltend gemacht, daß unter „Vermögensnachtheil" im Sinn des Art. 255 d. StGBuchs nicht bloß ein Vermögensverlust, sondern auch eine bloße Gefähr-

Digitized by Google

dung eines Vermögenstheils, wie sie der Angeklagte beabsichtigt und verschiedenen Personen wirklich zugefügt habe, zu verstehen sei, daß daher in Hinblick auf die Größe der im Art. 255 al. 2 des StGBuchs angedrohten Strafe die Sache der schwurgerichtlichen Competenz unterliege.

Auf die sowohl von der Staatsanwaltschaft als auch von dem Angeklagten nach Art. 208 der StPOrdnung dagegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde wurde durch OAGErkenntnis vom 27. Mai 1864 (Nr. 91) das Kreisgerichtserkenntnis cassirt und die Sache zur nochmaligen Entscheidung an das Kreisgericht zu S. verwiesen aus folgenden Gründen:

„Da das Kreisgericht zur Annahme seiner Unzuständigkeit lediglich in Folge seiner Auslegung des Art. 255 al. 2 d. StGBuchs gelangt ist, so erscheint die auf den zweiten Nichtigkeitsgrund (Art. 208 Zus. 5 d. StPOrdn.) bezügliche Beschwerde präjudiciell und ist daher zunächst zu prüfen. Hierbei handelt es sich hauptsächlich um die Auslegung des Ausdrucks „„Vermögensnachtheil"" im Art. 255 al. 2 d. StGBuchs, welchem das vorige Erkenntnis eine Bedeutung beigelegt hat, die ihm nach richtiger Auslegung nicht beigelegt werden kann. Unter Vermögensnachtheil im Sinn dieses Artikels ist nemlich eine wirkliche Verringerung oder Entziehung des Vermögens, nicht aber die bloße Gefährdung desselben zu verstehen. Es ergibt sich dies nicht allein daraus, daß nur bei wirklicher Verringerung des Vermögens eine genaue Quantificirung, wie sie der angezogene Artikel für die Strafzumessung voraussetzt, möglich ist, während von einer solchen Betragsbestimmung bei bloßer Gefährdung des Vermögens nicht wohl die Rede sein kann, sondern es spricht für diese Auslegung hauptsächlich auch der Umstand, daß jener Artikel, dessen al. 1 von dem formellen Verbrechen der Fälschung an sich handelt, in al. 2 offenbar die Fälschung in Concurrenz mit dem Betrug zum Gegenstand hat, der Betrug aber, der nach Art. 236 d. StGBuchs ebenfalls einen zugefügten Vermögensnachtheil voraussetzt, im Hinblick auf die Gleichstellung seiner Strafbarkeit mit dem Diebstahl im Art. 236 ohne Zweifel die wirkliche Entziehung fremden Vermögens zum Thatbestand erfordert. Nimmt man nun mit dem vorigen Erkenntnis an, daß es sich im vorliegenden Fall lediglich um eine Gefährdung des Vermögens der Gläubiger des Angeklagten handelt, so greift nicht der Art. 255 al. 2 d. StGBuchs Platz, vielmehr erscheint, da eine derartige Vermögensgefährdung nicht als ein Vermögensnachtheil im Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung, sondern als ein Nachtheil im Sinn des Art. 255 al. 1 d. StGBuchs anzusehen ist, diese letztere Bestimmung als das einschlagende Strafgesetz, dem die That nach richtiger Gesetzesauslegung zu unterziehen ist, woraus dann die Zuständigkeit des ꝛc. Kreisgerichts von selbst folgt. Es mußte daher das vorige Erkenntnis cassirt, mit Rücksicht auf die präjudicielle Beschaffenheit der auf Art. 208 Ziff. 5 d. StPOrdn. gegründeten zweiten Beschwerde aber die Sache zur nochmaligen Entscheidung durch das ꝛc. Kreisgericht verwiesen werden.

„Nach Art. 211 zu Ziff. 5 d. StPOrdn. kann zwar, wenn die That durch unrichtige Gesetzesauslegung einem falschen Strafgesetz unterzogen worden ist, das angefochtene Erkenntnis nach Befinden gleich abgeändert und er-

Digitized by Google

kannt werden, daß der Angeklagte wegen desjenigen Verbrechens, dem die That nach richtiger Gesetzesauslegung zu unterziehen ist, in den Anklagestand zu versetzen sei, es ist aber hiervon im vorliegenden Fall aus dem Grund Umgang genommen worden, weil das Kreisgericht in seinen Entscheidungsgründen, freilich gewissermaßen im Widerspruch mit seiner Annahme, daß der Angeklagte die Gefährdung seiner Gläubiger beabsichtigt und in soweit ihnen auch einen Vermögensnachtheil wirklich zugefügt habe, zugleich ausgesprochen hat, daß der Frage, welche Absicht und Mittel der Angeklagte bei Begehung des Verbrechens gehabt, nur für die Strafzumessung im Enderkenntnisse, nicht aber für die Feststellung der Competenz erheblich erscheine.

„Da das Kreisgericht hiernach die Frage, ob der Angeklagte bloß die Gefährdung seiner Gläubiger beabsichtigt, oder etwa die Absicht, dieselben um die von ihnen erhaltenen Gelder und Waaren zu bringen und ihnen dadurch einen Vermögensnachtheil zuzufügen, gehabt habe, noch offen gelassen zu haben scheint, so wurde es für angemessen erachtet, die Sache zur nochmaligen Entscheidung durch das Kreisgericht zu verweisen."

CCCLXV.

Zu Art. 241 d. StGBuchs.

Gegen den Chausseewärter Th. zu G. war Anklage erhoben worden wegen ausgezeichneten Betrugs auf Grund des Art. 241 d. StG-Buchs, weil er bei Verrechnung und Verausgabung von Arbeitslöhnen in gewinnsüchtiger Absicht falsche Angaben gemacht hatte. Die Anklagekammer zu E. wies diese Anklage zurück, die Staatsanwaltschaft wendete Nichtigkeitsbeschwerde dagegen ein und es wurde darauf durch OAGErkenntnis vom 16. Juni 1864 (Nr. 107) dieser Zurückweisungsbeschluß als nichtig wieder aufgehoben aus folgenden Gründen:

„Es beruht allerdings auf einer unrichtigen Gesetzesauslegung, wenn die Anklagekammer des Appellationsgerichts zu Anwendbarkeit des Absatzes 1 Art. 241 voraussetzt, daß gerade die specielle Handlung, durch welche der Beamte einen Betrug verübt hat, eine Amtshandlung sein und in dem amtlichen Wirkungskreis des Beamten liegen müsse. Hätte dies der Sinn des Art. 241 al. 1 sein sollen, so würde die Handlung als ein Amtsverbrechen in das 17. Kapitel des Strafgesetzbuchs gehört haben: Art. 241 Abs. 1 setzt nur voraus, daß eine öffentlich angestellte Person ihre Amtsverhältnisse, nicht gerade ihre amtlichen Handlungen zu Verübung eines Betrugs misbraucht. Ob jenes im vorliegenden Falle anzunehmen sei, darüber ist nun zuvörderst von der Anklagekammer des Appellationsgerichts weiter zu befinden."

CCCLXVI.

Zu Art. 248 d. StGBuchs.

Der Tüncherzeselle L. zu S. war durch Verweisungserkenntnis des Kreisgerichts zu S. in den Anklagestand versetzt worden auf Grund des Art. 248 des StGBuchs, weil er zum Zweck der Aufnahme seiner Verlobten in den Nachbarverband zu S. falsche Angaben gemacht habe.

Digitized by Google

Er focht dieses Verweisungserkenntnis nach Art. 208 Ziff. 5 d. StP-Ordnung wegen unrichtiger Auslegung als nichtig an, es ist aber durch OAGErkenntnis vom 16. Juni 1864 (Nr. 169) diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und hierüber in den Gründen Folgendes bemerkt worden:

„Wenn der Angeklagte behauptet, daß der Art. 248 d. StGBuchs nur den Fall betreffe, wenn jemand durch falsche Angaben über seine Verhältnisse das Bürgerrecht und so weiter für sich erschleicht und auf vorliegenden Fall, wo der Zweck des Angeklagten auf die Aufnahme seiner Verlobten gerichtet gewesen, keine Anwendung leide, so ist demselben zwar so viel zuzugeben, daß die Worte des Gesetzes allerdings nur den häufigen Fall treffen, in welchem derjenige, welcher die falschen Angaben macht, die Aufnahme für sich selbst erschleicht. Da es jedoch für die Strafbarkeit der That, sowohl was den bösen Willen, als auch was die objective Gefährlichkeit der Handlung anbelangt, völlig gleich ist, ob die eigene Aufnahme oder die Aufnahme der Verlobten bezweckt war, so läßt sich nicht annehmen, daß der Gesetzgeber nicht auch den letztern Fall dem Strafgesetz habe unterziehen wollen, zumal außerdem in den desfallsigen Strafbestimmungen eine Lücke sich finden würde, es greift daher die Vorschrift in Art. 1 d. StGBuchs Platz, wonach die That, wenn auch nicht den Worten, doch dem Sinne des Gesetzes nach unter die fragliche Strafbestimmung fällt."

CCCLXVII.

Zu Artt. 297 u. 58 d. StGBuchs u. Art. 2 Ziff. I 1 u. 3 d. StPOrdn.

Gegen Friedrich Th. zu O., noch nicht 18 Jahre alt, war von der Staatsanwaltschaft auf Grund des Art. 297 des StGBuchs wegen Unzucht mit einem Kind unter 14 Jahren Anklage erhoben, wegen des dem Angeklagten zur Seite stehenden Milderungsgrundes aber das Kreisgericht, nicht das Schwurgericht als die zur Ertheilung des Straferkenntnisses in dieser Sache zuständige Behörde bezeichnet worden. Das Kreisgericht zu Gotha wies diese Sache von sich zurück und vor das Geschwornengericht, die Staatsanwaltschaft wendete Nichtigkeitsbeschwerde dagegen ein, es wurde dieselbe aber durch OAGErkenntnis vom 18. August 1864 (Nr. 188) verworfen aus folgenden Gründen:

„Das ꝛc. Kreisgericht zu G. hat die vorliegende Sache mit Recht von sich zurück und vor das Geschwornengericht verwiesen. Es handelt sich nemlich nach der Anklage um ein Verbrechen gegen Art. 297 Nr. 1 d. StGBuchs, welches in thesi mit 1 — 3jähriger Zuchthausstrafe bedroht ist, nach Art. 2 Ziff. I 1 d. StPOrdn. zu den Verbrechen im engern Sinn und nach Art. 15 zur Competenz der Geschwornengerichte gehört. Dem Angeklagten steht zwar der Strafmilderungsgrund des Art. 58 d. StGBuchs zur Seite und es kann beim Vorhandensein dieses Milderungsgrundes niemals auf Zuchthaus, sondern nur auf eine Freiheitsstrafe geringerer Art erkannt werden; es läßt sich aber deshalb, weil hiernach Zuchthausstrafe für den vorliegenden Fall ausgeschlossen ist, nicht annehmen, daß in thesi eine Gefängnis- oder Arbeitshausstrafe bis zu 3 resp. 4 Jahren angedroht, mithin die Zuständigkeit des

Digitized by Google

Kreisgerichts begründet sei. Denn für die Frage, welcher Strafsatz für das vorliegende Verbrechen der gesetzliche ist, kommt lediglich der Art. 297 al. 1 d. StGBuchs, nicht aber auch der Art. 58 d. StGBuchs in Betracht, da dieser letztere Artikel nur von einem Milderungsgrund handelt, Strafmilderungsgründe aber nach Art. 2 al. 3 d. StPOrdn. für die Classification der Verbrechen und folgeweise für die Beurtheilung der Zuständigkeit des Gerichts ohne alle Bedeutung sind. Bei der Allgemeinheit dieser Bestimmung begründet es aber keinen Unterschied, ob beim Vorhandensein von Milderungsgründen gewisse Strafgattungen, wie z. B. bei Art. 58 d. StGBuchs, die Zuchthausstrafe überhaupt ausgeschlossen sind, oder ob die Beurtheilung der Milderungsgründe und ihres Einflusses auf die zu bestimmende Strafe lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen ist. Als der gesetzliche Strafsatz gilt nach Art. 2 al. 3 d. StPOrdy. immer nur diejenige Strafandrohung, welche in dem für das einzelne in Frage stehende Verbrechen gegebenen Artikel des StGBuchs enthalten ist; dieser Artikel bildet das Strafgesetz in thesi, während die Milderungsgründe bei der Frage, welches der gesetzliche Strafsatz ist, überhaupt niemals in Betracht kommen, was um so mehr anzunehmen ist, als bei der Classification der einzelnen Verbrechen im Art. 2 der StPOrdn. hauptsächlich die Qualität der letztern an sich für maßgebend erachtet worden ist, und diese Qualität durch das Hinzutreten etwaiger Milderungsgründe unverändert bleibt."

CCCLXVIII.

Zu Artt. 69 u. 247 d. StGBuchs.

Gegen den Chirurgen H. zu E. hatte die Staatsanwaltschaft wegen Anmaßung ärztlicher Verrichtungen auf Grund des Art. 247 des StGBuchs Anklage erhoben und es war durch Verweisungsbeschluß des rc. Kreisgerichts zu H. derselben stattgegeben worden. Der Angeklagte wendete dagegen Nichtigkeitsbeschwerde ein und es ist darauf durch OAGErkenntnis vom 15. September 1864 (Nr. 205) dieser Beschluß als nichtig wieder aufgehoben und ausgesprochen worden, es sei der Angeschuldigte nicht in den Anklagestand zu versetzen, aus folgenden Gründen:

„Der Angeklagte ist nemlich wegen dieser That schon einmal in Untersuchung gezogen aber freigesprochen worden. Wegen derselben That hatte Herzogl. Staatsanwaltschaft unterm 27. Juni 1863 bei dem Herzogl. Landgericht Eisfeld beantragt, den Angeschuldigten nach Art. 247 d. StGBuchs in Verbindung mit §§. 5 u. 8 des Ausschreibens vom 13. August 1855 zu bestrafen. Das H. Landgericht hat hierauf den Angeschuldigten zur Hauptverhandlung vorgeladen und zwar nach Ziff. 3 des Art. 346 d. StPOrdn. unter Androhung einer bestimmten Geld- oder Gefängnisstrafe nach Art. 247 d. StGBuchs und §§. 4 u. 8 des Ministerialausschreibens vom 13. August 1855 für den Fall des Nichterscheinens. Der Angeschuldigte ist jedoch im Hauptverhandlungstermin erschienen, hat an der Verhandlung Theil genommen und am Schluß des Termins hat das H. Landgericht denselben auf Grund des Ausschreibens vom 13. August 1855 in die vorher angedrohte Strafe und in die Kosten des Strafverfahrens verurtheilt; wenn es

Digitized by Google

dabei des Vergehens gegen Art. 247 d. StGBuchs nicht gedachte, so hat dasselbe wegen dieses Vergehens den Angeschuldigten freigesprochen, was um so gewisser anzunehmen ist, da die Strafe nach §. 8 des Ausschreibens vom 13. August 1855 nur wegen derjenigen Zuwiderhandlungen erkannt werden soll, welche nicht Bestrafung nach Art. 247 d. StGBuchs zur Folge haben, woraus also folgt, daß durch das Aussprechen einer Strafe nach §. 8 des gedachten Ausschreibens anerkannt wird, daß eine Bestrafung nach Art. 247 des StGBuchs nicht stattfindet.

„Der Ausführung der H. Staatsanwaltschaft, daß bei bloßen Übertretungen, wo eine Anklageschrift und ein Verweisungserkenntnis nicht nothwendig ist, das Verweisungserkenntnis mit dem Endurtheil zusammenfalle, und daß also, wenn der Einzelrichter wegen eines bestimmten Delicts nicht verurtheile, er auch den Angeschuldigten wegen dieses Delicts nicht in Anklagestand versetzt habe, läßt sich nicht beitreten, vielmehr vertritt in einzelnen Untersuchungssachen die Vorladung zur Hauptverhandlung insoweit das Verweisungserkenntnis, daß, wenn einmal ein Angeschuldigter wegen einer bestimmten Übertretung zur Hauptverhandlung vorgeladen ist, er sich wegen dieser Übertretung im Anklagestand befindet, und daß er nach abgehaltener Hauptverhandlung verlangen kann, daß er wegen der fraglichen Übertretung entweder verurtheilt oder freigesprochen, daß aber nicht die Sache unentschieden und in suspenso gelassen werde.

„Auf Appellation des Angeschuldigten ist zwar dann das Erkenntnis des H. Landgerichts, insofern dasselbe eine Bestrafung nach §§. 5. 8 des Ausschreibens vom 13. August 1855 enthält, als nichtig wieder aufgehoben worden, und der Angeschuldigte auch von der Strafe dieses Ausschreibens freigesprochen werden, allein dies konnte die in anderer Beziehung schon erfolgte Freisprechung des Angeschuldigten nicht alteriren, da nicht die H. Staatsanwaltschaft, sondern nur der Angeschuldigte appellirt hatte, mithin das Erkenntnis erster Instanz nur zu dessen Vortheil aufgehoben werden konnte. Aus gleichem Grunde ist der H. Staatsanwaltschaft darin nicht beizupflichten, daß das Erkenntnis zweiter Instanz unter Art. 255 d. StPOrdn. zu subsumiren sei. Denn wenn auch allerdings der Fall des Art. 255 cit. noch in der Appellationsinstanz vorkommen kann, indem der zweitinstanzliche Richter nach Art. 329 d. StPOrdn. an der Stelle und mit den Befugnissen des erstinstanzlichen Richters entscheiden kann, so würde doch die Anwendung des Art. 255 voraussetzen, daß die Staatsanwaltschaft gegen das erstinstanzliche Erkenntnis appellirt habe, was eben in vorliegendem Falle nicht geschehen war. Wenn das zweitinstanzliche Erkenntnis in seinen Erwägungsgründen aussprach, die Disciplinarstrafe des §. 8 des gedachten Ausschreibens habe nicht von dem Landgericht Eisfeld, sondern nur von der Disciplinarbehörde erkannt werden können, der Grund zur Bestrafung des Angeschuldigten müsse vielmehr in den Bestimmungen des StGBuchs, sei es Art. 247 oder auch ein anderer, gefunden werden, so hat dasselbe damit bloß eine sein cassatorisches Urtheil rechtfertigende Meinung aussprechen, keinesweges aber eine den Staatsanwalt zur weitern Verfolgung der Sache verweisende Entscheidung geben wollen oder geben können.

„Es kann auch nichts mehr darauf ankommen, daß das Landgericht Eisfeld zu Aburtheilung über ein Vergehen wegen Art. 247 d. StGBuchs so wenig competent war, als zur Aburtheilung über ein Disciplinarvergehen ge-

Digitized by Google

gen §§. 5. 8 des Ausschreibens vom 13. August 1855. Denn der betreffende Strafantrag war von der Staatsanwaltschaft selbst bei dem Landgericht Eisfeld gestellt worden, und sie hat dessen Entscheidung nicht mit der Nichtigkeitsbeschwerde nach Nr. 1 des Art. 208 des StPOrdn. angefochten, die in der Unzuständigkeit des Gerichts liegende Nichtigkeit des freisprechenden Erkenntnisses erscheint daher nach Art. 213 d. StPOrdn. als durch Verzicht beseitigt und kann nicht mehr geltend gemacht werden."

CCCLXIX.

Zu Artt. 18, 31, 269 u. 274 d. StGBuchs.

Die beiden Einwohner Wilhelm G. und Albert E. aus A. waren auf erhobene Anklage durch Erkenntnis des ꝛc. Justizamts zu J. der Beeinträchtigung fremder Jagd, wie solches weiter unten näher angegeben ist, für schuldig erachtet und deshalb auf Grund der Artt. 269 und 216 des StGBuchs zu achttägiger Gefängnisstrafe ꝛc. verurtheilt; auf Confiscation der von ihnen dabei gebrauchten Gewehre war deshalb nicht erkannt worden, weil sie — wie in den Gründen ausgesprochen wurde — als auf der Heimkehr von einer Jagd, zu welcher sie eingeladen gewesen, wenn auch zur Ausübung der Jagd in der Flur von A. unberechtigt doch nicht als unbefugt zur Führung der Flinte im vorliegenden Fall angesehen werden könnten.

Die Staatsanwaltschaft appellirte gegen dieses Erkenntnis, weil dem Art. 18 d. StGBuchs entgegen nicht auch zugleich auf Confiscation der zur Begehung des Verbrechens benutzten Flinten und des zum Einfangen des Hasens gebrauchten Hundes des E. erkannt worden sei.

Das Kreisgericht zu G. erkannte in der Appellationsinstanz, es sei das justizamtliche Erkenntnis dahin zu ergänzen, daß die von den beiden Angeklagten geführten Flinten so wie der erwähnte Hund des E. nach Art. 18. des StGBuchs zu confisciren seien.

Die Angeklagten wendeten hiegegen Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil noch auf Confiscation ihrer Gewehre und des Hundes des E. erkannt worden sei in Folge einer unrichtigen Auslegung der Artt. 269, 31, 274 Ziff. 1 des StGBuchs.

Durch OAGUrtheil vom 23. Nov. 1864 (Nr. 225) ist diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen worden, in Erwägung folgender Gründe:

„Nach der thatsächlichen Feststellung der vorigen Erkenntnisse haben sich die Angeklagten der Beeinträchtigung fremder Jagd dadurch schuldig gemacht, daß sie bei ihrer Rückkehr von einer in Großrettbacher Flur stattgehabten und von ihnen als Theilnehmer besuchten Jagd nach deren Beendigung in dieser Flur, wo sie nicht jagdberechtigt sind, einen Hasen geschossen haben, und daß der Mitangeklagte G. den Hasen in der Apfelstädter Flur, wo ihnen ebenfalls kein Jagdrecht zusteht, mit Hilfe des zu diesem Behuf von E. ihm überlassenen Hundes eingefangen und an sich genommen hat. Sie sind deshalb und zwar G. auf Grund des Art. 269 und E. auf Grund dieses Artikels

Digitized by Google

und des Art. 31 d. StGBuchs bestraft worden, und diese Bestrafung steht rechtskräftig fest. Wenn nun im vorigen Erkenntnis zugleich auf Grund des Art. 18 d. StGBuchs die Confiscation der bei Verübung des Wilddiebstahls gebrauchten Gewehre und des E...schen Hundes ausgesprochen worden ist, so entspricht dies ohne Zweifel den Bestimmungen dieses Artikels in Verbindung mit Art. 269 d. StGBuchs und es läßt sich nicht mit dem Vertheidiger annehmen, daß dieser Entscheidung eine unrichtige Auslegung der Artt. 269 und 31 in Verbindung mit Art. 274 Ziff. 1 d. StGBuchs zu Grunde liege. Der Art. 274 handelt nemlich von dem Fall, daß jemand in einem Bezirke, worin er nicht jagdberechtigt ist, eine Flinte oder Büchse bei sich führt, und droht für diese Zuwiderhandlung, insofern nicht die Ausnahmsfälle unter Ziff. 1 bis 4 vorliegen, Strafe und Verlust des Gewehrs. Der Art. 269 dagegen bedroht denjenigen mit Strafe, welcher in einem Bezirk, worin ihm kein Jagdrecht zusteht, Wild erlegt oder einfängt und dasselbe an sich nimmt, und verordnet eine höhere Strafe, wenn sich der Thäter eines Gewehrs bedient hat. Der Art. 274 ist daher auf die bloße Führung eines Gewehrs ohne Gebrauch desselben beschränkt, während der Art. 269 den Gebrauch eines Gewehrs, wenn ein solches zur Verübung des Wilddiebstahls benutzt worden ist, voraussetzt. Wer daher ein Gewehr zum Wilddiebstahl gebraucht, unterliegt zunächst lediglich der Strafe des Art. 269 und es kommt dabei der Artikel überhaupt und also auch rücksichtlich seiner Bestimmungen unter Ziff. 1—4 nicht weiter in Betracht, außerdem ist aber, da der Art. 269 ein vorsätzliches Vergehen zum Gegenstande hat, der Art. 18 d. StGBuchs gegen ihn in Anwendung zu bringen und die Confiscation des Gewehrs als des zur Begehung des Wilddiebstahls gebrauchten Werkzeugs auszusprechen. Daß sich die Confiscation auch auf einen Hund, der zum Aufsuchen des geschossenen Hasen benutzt worden ist, erstrecken und auch gegen den gleichen Theilnehmer am verübten Wilddiebstahl ausgesprochen werden kann, versteht sich im Hinblick auf die Vorschriften der Artt. 18 u. 31 im Zusammenhalt mit Art. 269 d. StGBuchs von selbst."

CCCLXX.

Zu Art. 207 Ziff. 2, Art. 306 Ziff. 2 u. 3, Art. 255 Abs. 2 der (Gothaischen) StPOrdnung und §§. 23 Abs. 3 u. 38 der Gothaischen Gesindeordnung.

In Folge einer von Eduard S. — seither Kammerdiener des ꝛc. von R. zu G. — bei der dasigen Staatsanwaltschaft eingereichten sog. Anklageschrift, in welcher angeführt war, daß er, S., von seinem Dienstherrn mit der Hand und Faust 5—6 mal aufs linke Ohr und auf die linke Wange mit solcher Wucht geschlagen worden sei, daß er davon ganz betäubt geworden, an der linken Zahnreihe geblutet habe, die Wange stark angeschwollen gewesen sei und er im Ohr einen solchen Schmerz empfunden habe, daß er mit demselben nicht habe hören können, mit dem Antrag auf Untersuchung und Bestrafung des ꝛc. v. R. auf Grund des Art. 131 Ziff. 4 eventuell Ziff. 5 des StGBuchs beantragte die Staatsanwaltschaft bei dem Stadtgericht zu G. desfallsige Voruntersuchung und erhob, nachdem S. in derselben gegen seinen

Digitized by Google

Dienstherrn die vorbemerkte Beschuldigung wiederholt hatte, bei dem ꝛc. Kreisgericht zu G. mit Bezugnahme auf den vorerwähnten Strafantrag des S. Anklage gegen den ꝛc. v. R. wegen fahrlässiger Körperverletzung auf Grund des Art. 131 Ziff. 5 des StGBuchs, weil der Angeklagte bei den gegen S. geführten Schlägen eine Körperverletzung oder überhaupt eine Rechtsverletzung nicht beabsichtigt habe. Das Kreisgericht wies diese Anklage zurück, auf desfallsige Appellation der Staatsanwaltschaft wurde von dem ꝛc. Appellationsgericht dieser Beschluß wieder aufgehoben und der Angeklagte wegen fahrlässiger Körperverletzung leichtesten Grads auf Grund der Artt. 30 und 131 Ziff. 5 u. 135 d. StGBuchs in Anklagestand versetzt. In der Hauptverhandlung wurde von dem Vorsitzenden constatirt, daß Strafantrag gegen den Angeklagten gestellt sei; der Beschädigte S., welcher als Zeuge zugegen war, beharrte bei seiner Anzeige. Nach beendigter Beweisaufnahme beschloß das Kreisgericht, weil es nach dem Ergebnis der Verhandlung fraglich sei, ob nicht statt fahrlässiger Körperverletzung, worauf die Anklage gerichtet, vorsätzliche Körperverletzung vorliege, nach Art. 255 al. 2 der StPOrdnung den Staatsanwalt und Defensor zu hören. Der Staatsanwalt beharrte bei der Anklage, weil der Angeklagte geglaubt habe, in seinem Recht zu sein, als er den S. geschlagen, und daß er nicht darüber hinaus habe gehen wollen; der Defensor aber bestritt, daß überhaupt eine Körperverletzung stattgefunden habe; werde aber der Thatbestand einer solchen angenommen, so könne nur von fahrlässiger Körperverletzung die Rede sein.

In dem hierauf von dem Kreisgericht ertheilten Straferkenntnis wurde der Angeklagte einer absichtlichen Körperverletzung für schuldig erachtet und nach Art. 131 Ziff. 5 des StGBuchs und §. 23 der Gesindeordnung zu Strafe ꝛc. verurtheilt.

Er appellirte dagegen zugleich aus den Nichtigkeitsgründen der Artt. 207 und 306 Ziff. 2 und 3 der StPOrdn., es erfolgte aber ein lediglich bestätigendes Erkenntnis des Appellationsgerichts zu Gotha.

Die von dem Angeklagten mit Wiederholung der früheren Gründe dagegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch OAGUrtheil vom 23. November 1864 (Nr. 233) theils als unzulässig, theils als unbegründet verworfen worden, aus folgenden Gründen:

„Die hier fragliche unter Nr. 5 des Art. 131 d. StGBuchs fallende Körperverletzung ist nach Art. 136 allerdings nur auf Antrag des Beschädigten strafbar, und ob ein solcher Antrag vorliegt, steht zur Entscheidung des hiesigen Tribunals, da die StPOrdn. Art. 207 Nr. 2 und Art. 306 Nr. 2 die Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse nicht, wie in Nr. 5 des Art. 306 geschehen, von der Prüfung des hiesigen Tribunals ausschließt und die Regel dafür streitet, daß der Oberrichter den an ihn devolvirten Streitpunkt in juri-

Digitized by Google

fischer und thatsächlicher Hinsicht zu prüfen hat. Aber der Antrag auf Bestrafung der in den vorigen Instanzen angenommenen absichtlichen Körperverletzung ist vom Beschädigten ohne Zweifel gestellt worden. Nicht nur hat er in der an die Staatsanwaltschaft übergebenen sogenannten Anklageschrift vom 8. Februar 1864 Untersuchung und Bestrafung des darin vorgetragenen Vorfalls im Allgemeinen beantragt, sondern er hat auch durch Bezugnahme auf Art. 131 Nr. 4 eventuell Nr. 5 d. StGBuchs, welche von der vorsätzlichen Körperverletzung handeln, und durch Übergehung des die fahrlässige Körperverletzung betreffenden Artikels sehr deutlich gezeigt, daß er eine absichtliche Körperverletzung bestraft wissen wollte, und er ist sowohl in der Voruntersuchung bei der Vernehmung vom 10. Februar, als auch in der Hauptverhandlung bei seiner Anklage und bei seinem Strafantrage stehen geblieben; es ist sonach eine mit den Verhandlungen nicht übereinstimmende Behauptung des Vertheidigers, daß der Beschädigte die Bestrafung nach Maßgabe der bloß auf fahrlässige Körperverletzung gerichteten Anklage des Staatsanwalts beantragt habe. Der Nichtigkeitsgrund Nr. 2 des Art. 306 d. StPOrdn. ist daher nicht erfindlich. Eben so wenig aber fehlt es ferner an einer Anklageschrift des Staatsanwalts. Obschon dieselbe nur auf fahrlässige, nicht auf absichtliche Körperverletzung gerichtet ist, so war doch das Kreisgericht, welches sich bei der Hauptverhandlung von dem Vorhandensein einer absichtlichen Körperverletzung überzeugte, nach der StPOrdn. Art. 255 Abs. 2 nicht verhindert, alsbald zur Aburtheilung der letztern zu schreiten, da sie nicht zur Competenz des Geschwornengerichts gehörte und zuvor der Staatsanwalt und Vertheidiger darüber gehört waren. Die Zustimmung des Staatsanwalts zu dieser sofortigen Aburtheilung des Verbrechens, wie es sich abweichend von der Anklage und dem Verweisungsbeschlusse bei der Hauptverhandlung herausgestellt, ist nach obiger Gesetzesstelle nicht erforderlich; auch hat der Staatsanwalt nicht der sofortigen Aburtheilung dieses neuen Verbrechens widersprochen, sondern er ist nur bei seiner Ansicht stehen geblieben, daß eine fahrlässige und keine absichtliche Körperverletzung vorliege. Der Nichtigkeitsgrund des Art. 306 greift daher ebenfalls nicht Platz.

„Ferner läßt sich aus der Gesindeordnung §. 23 Abs. 3 die Strafloſigkeit der fraglichen That nicht begründen. Zwar ist diese Bestimmung, insofern sie die Strafloſigkeit gewisser sonst unter das Strafgesetz fallender Handlungen vorschreibt, allerdings als eine strafgesetzliche zu betrachten, und eine aus unrichtiger Auslegung derselben hervorgegangene Unterstellung der That unter das Strafgesetz würde einer Nichtigkeit nach Art. 306 Nr. 5 ausgesetzt sein. Aber es ist eine unrichtige Auslegung dieser gesetzlichen Bestimmung in den Entscheidungen der vorigen Instanzen nicht anzutreffen.

„Was unter Thätlichkeiten von minderem Belang, für welche das Gesinde, wenn es die Herrschaft durch ungebührliches Betragen zum Zorn gereizt hat, gerichtliche Genugthuung nicht fordern kann, zu verstehen sei, hat der Gesetzgeber nicht näher bezeichnet, und somit lediglich der richterlichen Beurtheilung der im einzelnen Falle vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse überlassen. Insbesondere kann dem Vertheidiger nicht beigestimmt werden, wenn er behauptet, daß zu diesen Thätlichkeiten von minderem Belange die hier fragliche Körperverletzung des niedrigsten Grads jedenfalls gerechnet werden müsse, weil sonst die Bestimmung im §. 23 der Gesindeordnung illusorisch sein würde; denn es kann nicht zugegeben werden, daß keine Thätlich-

Digitized by Google

keit auch vom geringsten Betrage ohne irgend eine, wenn auch geringe Verletzung des getroffenen Körpertheils denkbar sei; ebenso willkürlich und in dem Wortsinne nicht begründet ist es, wenn der Vertheidiger nur die im §. 38 erwähnten, das Leben oder die Gesundheit des Gesindes in Gefahr setzenden Mishandlungen, welche das Gesinde zum sofortigen Verlassen des Dienstes berechtigen, von den Thätlichkeiten mindern Belangs ausschließen, und hier die Grenze, bis zu welcher die Herrschaft gehen dürfe, setzen will."

CCCLXXI.

Zu Art. 189 des StGBuchs und Art. 1 al. 2 des (Weimar.) Einführungsgesetz zu demf. vom 20. März 1850.

Der Einwohner G. zu G. erhob bei dem Justizamt zu W. auf Grund des Art. 189 Ziff. 2 d. StGBuchs gegen seine Ehefrau Anklage wegen wörtlicher Beleidigung, das Justizamt erkannte nach stattgehabter Hauptverhandlung auf Freisprechung der Angeklagten, weil die Injurienklage, um die es sich hier handle, eine Pönalklage im Sinn des gemeinen Rechts sei, Pönalklagen zwischen Eheleuten aber nach L. 2 C. rer. amot. (5, 21) schlechterdings unstatthaft seien und diese Bestimmung als ein wirkliches Verbietungsgesetz durch die neuere Strafgesetzgebung nicht aufgehoben, übrigens auch mit der Heiligkeit des christlichen Eheverhältnisses recht wohl übereinstimmend sei.

Der Ankläger wendete gegen diese Entscheidung Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde ein wegen unrichtiger Auslegung des Art. 189 d. StGBuchs und das ꝛc. Kreisgericht zu W. erkannte in der Appellationsinstanz: es sei das justizamtliche Erkenntnis zu cassiren und die Sache an das Justizamt zur nochmaligen erstinstanzlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Gegen dieses Urtheil wendete die Angeklagte Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund des Art. 306 Ziff. 4 u. 5 u. Art. 332 Ziff. 2 d. StPOrdn. ein, es ist dieselbe aber durch OAGUrtheil vom 24. Nov. 1864 (Nr. 251) verworfen und in den Gründen Folgendes ausgeführt worden:

„Anlangend zuvörderst den Nichtigkeitsgrund des Art. 306 Ziff. 5 d. StPOrdn., daß nemlich die in Frage stehende That vom vorigen Richter für ein Vergehen gehalten worden sei, obgleich es an einem einschlagenden Strafgesetz fehle, so läßt sich mit Grund nicht behaupten, daß Beleidigungen unter Ehegatten deshalb dem Art. 189 d. StGBuchs nicht unterzogen werden könnten, weil die römischrechtlichen Bestimmungen, denen zufolge Pönalklagen, also auch Injurienklagen unter Eheleuten nicht statthaft seien, neben dem Strafgesetzbuch noch in Giltigkeit geblieben und durch dasselbe nicht aufgehoben, mithin derartige Beleidigungen noch jetzt für straflos zu halten seien. Denn wenn auch solche Beleidigungen nach römisch-rechtlichen Vorschriften nicht verfolgt werden können und damit die Strafloſigkeit derselben anerkannt ist, so sind doch diese Vorschriften nicht mehr anwendbar, denn der Annahme ihrer fortbestehenden Giltigkeit steht schon die Eigenschaft des StGBuchs als eines umfassenden systematischen Ganzen, überdies aber auch der

Digitized by Google

Art. 1 al. 2 des Einführungsgesetzes zum StGBuch vom 20. März 1850 entgegen, indem hiernach alle bis zur Verkündigung des StGBuchs giltig gewesenen Bestimmungen über Bestrafung von Verbrechen mit Ausnahme der im Art. 3 aufgeführten, gegenwärtig nicht in Betracht kommenden Gesetze ausdrücklich aufgehoben worden, und unter diesen aufgehobenen Bestimmungen ohne Zweifel auch solche zu verstehen sind, welche sich auf die die Strafbarkeit ausschließenden Gründe beziehen. Hinsichtlich der Frage, ob Beleidigungen unter Ehegatten strafbar oder straflos sind, ist daher lediglich der Inhalt des StGBuchs maßgebend; der Art. 189 desselben bedroht aber die Beleidigung ganz im Allgemeinen und ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Beleidigers zum Beleidigten mit Strafe, und das StGBuch enthält nirgends namentlich im VII. Capitel des allgemeinen Theils eine Bestimmung, aus welcher sich etwa die Strafbarkeit der Beleidigungen unter Ehegatten herleiten ließe, wobei sich jedoch von selbst versteht, daß bei der Beurtheilung der thatsächlichen Frage, ob eine Beleidigung vorliege, das eheliche Verhältnis in Betracht zu ziehen sei. Der Anwalt der Angeklagten hat sich zwar zur Begründung der von ihm vertretenen Ansicht auch auf ein Urtheil des hiesigen Tribunals vom 16. November 1843*) berufen; dies Urtheil kann jedoch schon deshalb nicht in Frage kommen, weil dasselbe in einer meiningischen Sache zu einer Zeit ergangen ist, wo das StGBuch für das Herzogthum Meiningen vom Jahre 1844 noch nicht existirte und in Betreff der Frage, ob Injurienklagen unter Ehegatten zulässig sind, noch das gemeine Recht galt. Bildet sonach für die in Rede stehende That der Art. 189 des StGBuchs allerdings das einschlagende Strafgesetz, so ist damit der erste Nichtigkeitsgrund widerlegt.

„Hierdurch erledigt sich der zweite Nichtigkeitsgrund des Art. 306 Ziff. 4 d. StPOrdn. von selbst, welcher übrigens selbst, wenn man in dem von der Angeklagten bei der Appellationsverhandlung gestellten Antrag auf Verwerfung der Anklage wegen mangelnden Klagrechts ein Mittel der Vertheidigung im Sinne jenes Artikels finden wollte, jedenfalls schon um deswillen nicht Platz greifen würde, weil die durch die Zulassung der Anklage ausgesprochene Zurückweisung dieses Antrags nach stattgehabter Prüfung, wozu der Richter befugt war, mithin nicht gesetzwidrig erfolgt ist."

CCCLXXII.

Zu Artt. 317 u. 326 des GGBuchs und Artt. 260 u. 190 d. StPOrdn. (Altenb.).

Gegen den Mühlenbesitzer zu F. war von der Staatsanwaltschaft zu R. Anklage wegen fortgesetzten Versuchs der Bestechung erhoben worden. Diese Anklage gründete sich auf zwei von dem Amtsunterdiener J. dem Gerichtsamt zu C. gemachte desfallsige Anzeigen, welche das Nähere über das Thatsächliche dieser Bestechungsversuche enthielten und von dem Gericht an die Herzogl. Staatsanwaltschaft zu R. abgegeben worden waren. Nach stattgehabter Hauptverhandlung erachtete das ꝛc. Criminalgericht zu R. den Angeklagten eines fortgesetzten Ver-

*) Seufert's Archiv Bd. XIV S. 222 Nr. 137.

Digitized by Google

suchs der Bestechung für schuldig und verurtheilte ihn dieserhalb auf Grund der Artt. 317 u. 26 des CGBuchs zu 14tägiger Gefängnisstrafe ꝛc. In dem verurtheilenden Erkenntnis war bemerkt, daß in der Anzeige des Amtsunterdieners J. als Betheiligten bei seiner vorgesetzten Behörde der nach Art. 326 d. CGBuchs erforderliche Antrag erblickt werden müsse.

Gegen jenes Straferkenntnis wendete der Angeklagte Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund des Art. 260 Ziff. 2 und Art. 190 Ziff. 2 der StPOrdn. ein, weil die Herzogl. Staatsanwaltschaft gegen den Angekl. ohne Antrag eines Betheiligten mithin unberechtigter Weise aufgetreten sei resp. Anklage erhoben habe. In der Ausführung wurde geltend gemacht, daß die Voraussetzungen des Art. 326 d. CGBuchs hier nicht vorlägen, weil der Amtsunterdiener J. als „ein Betheiligter" nicht angesehen werden könne.

Durch OAGUrtheil vom 24. Nov. 1864 (Nr. 252) ist das angefochtene Erkenntnis des Criminalgerichts zu R. vom 24. Sept. 1864 als nichtig cassirt und der Angeklagte von der Anklage freigesprochen worden, aus folgenden Gründen:

„Nun soll bei dem hier fraglichen Verbrechen der Bestechung (CGBuch Art. 307) die Untersuchung nach Art. 326 nur auf Antrag eines dabei Betheiligten stattfinden. Ob ein solcher Antrag vorliege, hat auch das hiesige Tribunal zu untersuchen und festzustellen, da bei den im Art. 260 der StPOrdn. aufgestellten Nichtigkeitsgründen eine thatsächliche Prüfung durch das OAGericht nicht ausgeschlossen ist. Als Betheiligter kann aber bei allen im Capitel XVII d. CGBuchs erwähnten Verbrechen nur der durch das Verbrechen Verletzte, zu dessen Nachtheil eine der in diesem Capitel erwähnten pflichtwidrigen Handlungen oder Unterlassungen stattgefunden hat, oder bei einem Versuche stattfinden sollte, angesehen werden. Da nun der Amtsunterdiener J. ein solcher Betheiligter nicht ist, vielmehr im Falle der Vollendung des Verbrechens Complice sein würde, so kann in dessen Anzeige der zur Untersuchung und Bestrafung erforderliche Antrag des Betheiligten nicht gefunden werden. Es ist daher die H. Staatsanwaltschaft ohne den erforderlichen Antrag aufgetreten und liegt der Nichtigkeitsgrund Nr. 2 des Art. 260 d. StPOrdn. vor."

Correspondenz. 1) B. in W. Über Gerichtszuständigkeitsfragen im Großherzogthum S. Weimar. 2) H. in L. Über die Auswahl der Hülfsgegenstände nach Fürstl. Reuß. (J. L.) Gesetzgebung. 3) Legislatorische Bemerkungen und Vorschläge das Schwurgericht betreffend.

Digitized by Google

Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen ꝛc.

Memoire über eine Reform der für die Wahl zum Geschwornenamt in Sachsen-Weimar, den beiden Fürstenthümern Schwarzburg und im Fürstenthum Reuß jüngerer Linie bestehenden gesetzlichen Bestimmungen.

Während für einen großen Theil von Deutschland — besonders für Östreich und das Königreich Sachsen — die Frage über den Werth oder Unwerth des Geschwornengerichts eine sehr bedeutungsvolle ist, weil in diesen Ländern die Einführung dieses Instituts verlangt oder beabsichtigt wird, ist für uns in Weimar, den beiden Schwarzburg und Reuß j. L. diese Frage kaum noch eine praktische zu nennen; denn wir besitzen dieses Institut, und kein verständiger und ernster Staatsmann denkt daran, dasselbe in unseren Ländern wieder zu beseitigen.

Um so mehr tritt für uns die Aufgabe in den Vordergrund, die Resultate des Verfahrens vor den Schwurgerichten aufmerksam und gerecht zu würdigen, für etwa hervorgetretene ungünstige Erfahrungen umsichtig nach ihren Ursachen zu forschen, und — falls diese Ursachen richtig erkannt sind — etwaigen Übelständen nach Kräften abzuhelfen.

Unter allen denjenigen, welche mit Sachkenntniß und Objektivität seit 15 Jahren die Praxis der Schwurgerichte unseres Bezirks beobachtet haben, herrscht nur eine vollständige Übereinstimmung der Ansichten über zwei gemachte Erfahrungen, nemlich darüber:

daß ungerechte Verurtheilungen von Geschwornenbänken bei uns nicht vorgekommen sind — auch in denjenigen eclatanten Fällen nicht, in denen sie von mancher Seite irriger Weise behauptet worden;

daß dagegen sehr viele auffallende und ungerechtfertigte Freisprechungen durch Geschwornensprüche bei uns beklagt werden müssen.

In letzterer Beziehung kann man sich wohl darauf berufen, daß fast nach jeder Assise eine oder die andere Freisprechung von der öffent-

Digitized by Google

lichen Meinung als auffallend unrichtig bezeichnet wird, und daß ein Gleiches fast regelmäßig von dem Präsidenten des Schwurgerichts in seinen an das Appellationsgericht erstatteten Berichten constatirt wird.

Auch die Statistik unserer Strafrechtspflege gibt für diejenigen, welche statistische Zahlen in ihrer Bedeutung aufmerksam zu würdigen wissen, gleiche Aufschlüsse. In dieser Beziehung ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, wie sich das Verhältnis zwischen den Zahlen der Verurtheilten und Freigesprochenen bei unseren verschiedenen Gerichten gestaltet hat. Dies ergibt sich aus folgender Zusammenstellung:

		Verurtheilte.	Freigesprochene.	Verhältnis.
vor den Weimarischen und Schwarzburgischen Kreisgerichten:	1861	895	127	100 zu 14
	1862	802	146	100 = 18
	1863	893	163	100 = 18
von dem Schwurgericht:	1861	58	19	100 = 32,8
	1862	48	20	100 = 41,7
	1863	47	17	100 = 34,2.

Dabei ist noch zu gedenken, daß für Anklagen, die zu Schwurgerichtsverhandlungen führen, wie allbekannt, von der Staatsbehörde eine noch stärkere Begründung durch benannte Beweismittel gebracht zu werden pflegt, als dies für Anklagen wegen Vergehen vor den Kreisgerichten für nöthig gehalten wird.

Daß nun aber das Institut des Schwurgerichts, als solches, ein Misverhältnis, wie es sich in der fraglichen Beziehung bei uns herausgestellt hat, nicht nothwendigt, das zeigen die in vielen andern Ländern gemachten Erfahrungen. Hierüber sei beispielsweise hier nur Folgendes erwähnt:

Nach der amtlichen Statistik der Preußischen Schwurgerichte wurden vor den Geschwornen in ganz Preußen:

im Jahr	verurtheilt	freigesprochen	also
1859	4234	958	82—18 procent
1860	4274	1009	81—19 =
1861	4672	1048	82—18 =
1862	4644	1046	82—18 =

Im Großherzogthum Hessen hat in drei Schwurgerichtsbezirken, deren jeder an Größe dem unserigen ziemlich entsprach, sich ein Verhältnis herausgestellt, welches aus der nachfolgenden Zusammenstellung der betreffenden Zahlen mit den Ergebnissen unserer Thüringischen Statistik genügend hervortreten wird:

Digitized by Google

Jahr.	Starkenburg.		Oberhessen.		Rheinhessen.		Weimar und die zwei Schwarzburg.	
	verurth.	freigespr.	verurth.	freigespr.	verurth.	freigespr.	verurtheilt	freigesprochen
1856	73	5	78	5	44	11	71	37
1857	56	7	67	10	46	10	55	21
1858	59	8	56	5	67	7	57	23
1859	58	4	46	8	44	0	76	20
1860	60	2	25	3	54	6	84	26
1861	30	3	55	4	41	3	58	19
1862	39	3	49	13	30	2	48	20
1863	34	0	50	0	38	6	47	17
1864	—	—	—	—	—	—	55	30.

Worin liegt nun der Grund zu so erheblichen Unterschieden, die da und dort in den erwähnten Verhältnissen hervorgetreten sind? Liegt er in der Verschiedenheit der Volksstämme in ganz Preußen und Hessen einerseits und in Thüringen andererseits? Oder beruhen die auffallenden Resultate, die gerade aus Thüringen und aus einer ganzen Reihe von Jahren gemeldet werden, alle und immer auf Fehlern und Versehen unserer Präsidenten, oder Staatsanwälte, auf welche Unbetheiligte nur zu gern solche Missstände ursächlich zurückzuführen pflegen?

Der wahre Grund der hervorgehobenen Verschiedenheiten ist im Großen und Allgemeinen offenbar in der Zusammensetzung der Geschwornenbänke in den verschiedenen Ländern zu suchen.

Nach den Gesetzen vom 22. März und vom 26. April 1852 bestehen z. B. im Großherzogthum Hessen in Bezug auf die Wahl der Geschwornen im wesentlichen folgende Grundsätze: Die Geschwornen werden aus folgenden Classen von Staatsbürgern genommen: 1) aus den 800 Höchstbesteuerten im Lande, 2) aus denen, die auf einer deutschen Universität studirt und ein Fakultätsexamen bestanden haben, 3) aus den nicht unter Nr. 1 fallenden Mitgliedern des Handels- und Gewerbestandes, welche die Gewerbesteuer der ersten und zweiten Classe bezahlen. Die Unfähigkeitsgründe und die Ablehnungsbefugnisse sind weit beschränkter als in unseren Ländern. Aus der Liste der qualificirten Personen wählt der erste Beamte der Regierungsbehörde im Hauptort der Provinz (von denen jede einen Schwurgerichtsbezirk bildet) für das ganze Jahr 200 Personen aus. Dies ist die Jahresliste. Daraus wird für jedes Quartal die Sitzungsliste durch Auslosung von 30 Geschwornen gebildet. Betrachtet man diese Bedingungen und dies Wahlverfahren, so ist klar, daß dieselben jedenfalls zu Geschwornenbänken, deren Mitglieder zum überwiegenden Theil den höheren Bildungsschichten angehören, führen müssen.

Im Königreich Preußen wird als Voraussetzung zur Fähigkeit,

Geschworner zu sein, ein bestimmter Census verlangt (und zwar Einschätzung zur classificirten Einkommensteuer, oder Entrichtung von 16 Thlr. jährlich an Classensteuer, oder 20 Thlr. an Grundsteuer, oder 24 Thlr. an Gewerbesteuer). Ohne Rücksicht auf diesen Steuersatz sind jedoch zu Geschwornen wählbar: Rechtsanwälte und Notarien, Professoren, vom König ernannte Beamte ꝛc. Aus denjenigen, welche im Besitz der eben erwähnten Eigenschaften sind, wählt der Regierungspräsident des Bezirks 48 Personen, aus denen wiederum der Schwurgerichtspräsident 30 Personen auswählt. Letztere bilden die Liste der Geschwornen für die specielle Assise. Erfahrungsgemäß führt auch dieses Preußische Wahlverfahren meist zu Geschwornenbänken, deren Mitglieder vorzugsweise den höheren Bildungsschichten angehören.

Beiläufig sei hier noch kurz der Gesetzgebung einiger anderer Länder gedacht.

In Belgien gehört zur Befähigung eines Bürgers zum Geschwornen entweder ein bestimmter Census (eine direkte Steuer von 110 bis 250 Francs jährlich), oder eine gewisse Standes- oder Berufsbefähigung (Capacität), wie die eines Mitglieds der Abgeordneten-Kammer, des Provinzialrathes, eines Bürgermeisters, Schöffen, Gemeinderaths, Doctors oder Licentiaten u. s. w.

In England und Schottland ist ebenfalls ein bestimmter, übrigens sehr niedriger Census Bedingung für die Wählbarkeit zum Geschwornen.

Die deutschen Schwurgerichtsgesetze haben großentheils ein dem belgischen ähnliches oder verwandtes System angenommen. Fast alle (Nassau und Thüringen ausgenommen) fordern zur Befähigung für den Geschwornendienst einen bestimmten Census. Die meisten haben daneben aber auch die sogenannten Capacitäten zum Geschwornenamt berufen (ausgenommen die Gesetze in Würtemberg, Kurhessen, Nassau, Thüringen), im Einzelnen in sehr verschiedener, zum Theil die Eigenthümlichkeit des Landes kennzeichnender Weise.

Die specielle Sitzungsliste bildet in England der Sheriff (ein von der Königin aus den angesehensten, vermöglichsten Bewohnern der Grafschaft je auf ein Jahr ernannter, unbesoldeter Beamter von sehr unabhängiger Stellung), der aus dem Geschwornenbuch der Grafschaft (sc. der Urliste aller Befähigten) die erforderliche Zahl der angesehensten und unabhängigsten Männer („of the best figure") auswählt.

Die Art der Bildung der speciellen Sitzungslisten in Frankreich, Belgien und den deutschen Staaten und der Composition der Behörden, die zu dieser Bildung berufen sind, erscheinen so mannigfaltig, daß auf eine Aufzählung und Charakterisirung dieser verschiedenen Institutionen hier verzichtet werden muß.

Vielmehr wenden wir uns sofort zu einer Prüfung derjenigen Ein-

Digitized by Google

richtungen, die in unseren Ländern in Bezug auf die Wahl der Geschwornen bestehen.

Zunächst versuchen wir die Thatsachen und Erfahrungen zu registriren, welche sich als die Resultate dieser Einrichtungen bisher erwiesen haben. Wir werden eine Reihe von Sitzungslisten unserer Geschwornen, nach sorgfältiger Durchsicht, hier analysiren und in Zahlen constatiren, was für sociale Elemente sie zum Geschwornenamt berufen haben. Wir scheiden demgemäß die zum Geschwornenamt Berufenen in folgende Classen:

A) Mitglieder des ehrenwerthen Bauernstandes, einschließlich derjenigen Gewerbtreibenden auf dem Lande, die man zu dieser Classe mitzuzählen pflegt, z. B. die Dorfmüller, Dorfgastwirthe u. s. w.;

B) Gewerbtreibende vom Stande der Handwerker aus Städten und Flecken;

C) Rittergutsbesitzer, Pachter von Domänen und anderen größeren Gütern, Fabrikanten, Kaufleute, Buchhändler, Rentiers, Beamte, Professoren, Künstler, Leute, welche auf einer Universität oder Akademie studirt haben.

Wir verfolgen diese Classen in den Sitzungslisten der verschiedensten Assisen unseres Bezirks und geben die Resultate in folgender Zusammenstellung:

Assise		A.	B.	C.
1855	im April	23	4	8
	" September	16	4	14
1856	" März	23	5	8
	" Juni	20	7	9
	" November	16	10	9
1857	" Februar	22	2	11
	" August	17	8	10
1858	" Januar	21	9	6
	" Mai	27	2	4
	" September	26	4	6
1859	" Februar	25	4	7
	" Mai	28	1	7
	" October	24	4	8
1860	" Januar	26	8	2
	" Juli	24	4	7
1863	" Juli	14	4	18
1864	" März	18	9	9
	" Juli	16	5	12
	" November	19	7	7.

Digitized by Google

Überblickt man diese Resultate, so ist es klar, daß die Classe sub A unverhältnismäßig über die Classen sub B und C überwiegt und daß hier eine richtige und angemessene Vertheilung der verschiedenen Elemente fehlt. Nimmt man nun noch hinzu, daß das Loos, durch welches aus der Sitzungsliste die specielle Geschwornenbank gebildet wird, häufig auf die gerade besonders zahlreiche Classe A sich concentriren wird, ferner, daß erfahrungsgemäß die Staatsbehörde nur sehr ausnahmsweise ausgelooste Geschworne recusirt, während die Vertheidigung häufig Mitglieder der Kategorie C ablehnt, so erklärt es sich, daß bei unseren meisten Schwurgerichtsverhandlungen die Geschwornenbank weit überwiegend aus Mitgliedern des Bauernstandes gebildet wird. In keinem andern Lande ist dies Verhältnis so stark hervortretend, als bei uns. Man hat deswegen mit Recht schon gesagt: daß wir in unseren Ländern nicht das gewöhnliche und regelmäßige Institut des Geschwornengerichts, sondern daß wir das Institut der Bauernjury besitzen! Eine reine Bauernjury, wie wir sie bei so vielen Verhandlungen schon gehabt haben, ist aber eben so ungeeignet zusammengesetzt, als eine bloß aus Bauern bestehende Bezirks- oder Landesvertretung es sein würde.

Wir bemerken hier ausdrücklich, daß wir die ehrenwerthen Mitglieder des Bauernstandes nicht etwa vom Geschwornenamt ausschließen wollen. Auch erkennen wir gern an, daß sowohl einzelne Geschwornen aus diesem Stande, als ganze Geschwornenbänke, die demselben angehörten, in sehr vielen Fällen ihren Beruf sehr tüchtig erfüllt haben. Wir glauben aber, daß eine Verminderung der Zahl aus dieser Classe unseren Sitzungslisten noth thut, und daß nur mit sorgfältiger Auswahl durch geeignete Behörden, nicht aber durch massenweise Registrirung die Mitglieder des Bauernstandes zum Geschwornenamte mit herangezogen werden sollten.

Über die Wirksamkeit von Geschwornenbänken, die ganz oder weit überwiegend aus Bauern bestanden, sei hier aus dem Bereich unserer Erfahrungen noch Folgendes bemerkt: Solche Bänke haben es bei uns am sittlichen Sinn nicht fehlen lassen und haben häufig auch Fälle, deren Verhältnisse ihnen vertraut waren, sehr treffend beurtheilt. Aber sehr häufig mußte man bei längeren Verhandlungen, oder bei feineren und complicirteren Fragen wahrnehmen, daß ihre Aufgabe solchen Geschwornenbänken zu schwer war. Auch zeigte sich häufig, daß eine gewisse Art von Rhetorik sie allzu leicht verwirrte oder mistrauisch machte. Es gehört nicht bloß ein selbständiger Charakter, sondern häufig ein bestimmter Grad von überlegener Einsicht dazu, um nach einem lebhaften und nicht unbedeutend geführten Redekampf, die gehörten Vorträge zu kritisiren und danach sich eine eigene und sichere Meinung zu bilden.

Digitized by Google

Berücksichtigt werden muß in dieser Beziehung auch, welche Stellung die Vertheidigung in unserem Strafproceß einnimmt. Während in einer Schwurgerichtsverhandlung sonst niemand das Wort ergreift (sei es als Richter, oder Staatsanwalt, oder als Sachverständiger ꝛc.), der nicht die Pflicht hätte, nur seine wahre und wirkliche Überzeugung zu sagen, während man z. B. einen Staatsanwalt, der gegen seine eigene Meinung ein Schuldig begründen wollte, mit Recht streng tadeln und selbst einen solchen Staatsanwalt, der sich bei voller Überzeugung, im Recht zu sein, doch im Eifer zu einer unbegründeten Verfolgung hinreißen ließe, als seiner Aufgabe nicht gewachsen betrachten würde, ist die Stellung des Vertheidigers eine wesentlich verschiedene. Der Vertheidiger kann für seinen Clienten alle Gründe vorbringen, die überhaupt mit einem gewissen Anstand zu dessen Gunsten sich sagen lassen. Spricht er dabei gegen seine eigne Überzeugung, so tadelt dies die öffentliche Meinung nicht; und geht er dabei im Parteieifer auch über die richtige Grenze hinaus, so ist man doch immer geneigt, dies zu entschuldigen. Wir wollen hier nicht etwa die Haltung, welche faktisch unsere Vertheidiger vor den Geschwornen vielfach angenommen haben, kritisiren und wollen vielmehr gern anerkennen, daß viele derselben auch maßvoll und überzeugungstreu verfahren sind. Wir sprechen hier vielmehr von dem Wesen der Institution, wie dieselbe von ihren Trägern und von anderen Sachkennern bei uns aufgefaßt wird. Mit Rücksicht auf diesen Charakter der Vertheidigung — deren Befugnisse wir in keiner Weise beschränkt wissen wollen — sagen wir aber, daß die Anforderungen auch an die Intelligenz und die Bildung der Geschwornen gesteigert werden müssen, wenn die Institution der Vertheidigung, wie sie sich auch bei uns herausgebildet hat, in ihrer vollen Freiheit dem Gemeinwesen nicht schaden soll.

Wir befürworten nun eine Reform des bei uns für die Wahl der Geschwornen gesetzlich bestehenden Verfahrens in dem Sinn, daß die intelligenteren Classen und höheren Bildungsschichten unserer Bevölkerung mehr, als bisher, zur Bildung der Geschwornenbänke herangezogen werden. Gegen diesen Vorschlag sind wir bisher mehreren Einwendungen begegnet, die wir hier kurz beleuchten müssen.

Man hat uns entgegengehalten, daß es ziemlich auf dasselbe hinauskomme, wie man die Geschwornenbänke componire. Sobald man von juristisch gebildeten oder durch eine gewisse Beamtenschulung gegangenen Richtern absehe, werde man immer gleich unbefriedigende Resultate erzielen. Allein dieser Einwand ist doch ein allzu pessimistischer und verkennt die mannigfaltige Gliederung unserer bürgerlichen Gesellschaft. Ob man über eine schwierige Frage, oder ein complicirtes Geschäft mit

Digitized by Google

einem schlichten Landmann, oder mit einem intelligenten Kaufmann, Gutsbesitzer u. s. w. verhandelt, ist nun einmal nicht einerlei.

Man hat ferner gemeint: In Thüringen fehle es so sehr an selbständigen und intelligenten Elementen der bürgerlichen Gesellschaft, daß man deren mehr, als bisher, für die Geschwornenbänke durch keine Veränderung des Wahlverfahrens gewinnen könne. Dagegen ist aber zu betonen, daß von den bezeichneten Elementen, die wir wirklich haben, unverhältnismäßig wenige erfahrungsmäßig zum Geschwornendienst herangezogen werden. Ein Blick auf die oben gegebene Analysirung einer großen Zahl von Sitzungslisten belegt diese Behauptung. Oder entspräche es wirklich der Armuth unserer bürgerlichen Gesellschaft an geeigneten Elementen, daß wir häufig nur 4, 5, 6 ꝛc. Männern unter einer Sitzungsliste von 36 Geschwornen begegnen, die auf derjenigen Bildungsstufe stehen, welche man für Honoratioren in kleineren Städten als Minimum zu betrachten gewohnt ist?

Jeder Einzelne wird auch aus der Zahl seiner Bekannten eine ganze Reihe von Männern nennen können, die noch nicht Geschworne waren, während sie doch dazu sehr qualificirt sein würden.

Endlich aber hat man uns schon eingewandt: Bei dem Geschwornen-Institut komme es überhaupt nicht auf eine intelligente Erwägung an, sondern auf einen gewissen sittlichen Takt, auf ein natürliches Gefühl, welches eben das Richtige sicherer treffen solle, als der Verstand der Verständigen dasselbe zu sehen pflege. Gegen diese Anschauung müssen wir indes das Institut des Schwurgerichts aufs bestimmteste verwahren. Eine bloß naive Intuition entscheidet auch schon bei unseren jetzigen Geschwornen nicht und soll überhaupt bei keinem richterlichen Institut der maßgebende Factor sein.

Wir haben auch nachzuweisen, inwiefern die Zurückdrängung der höheren Bildungsschichten vom Geschwornenamt, deren dauernde und regelmäßige Erscheinung wir schon als Thatsache genügend constatirt haben, sich aus dem bei uns gesetzlich bestehenden Verfahren bei der Geschwornenwahl erklären läßt. Sind dann die Ursachen der mangelhaften Resultate richtig erkannt, so wird auch die Abhilfe der Übelstände leicht gefunden werden.

1) Zur Fähigkeit, auf die Urliste zum Geschwornenamt gesetzt zu werden, gehört nach Art. 33 unserer StPOrdn. nur männliches Geschlecht, 30jähriges Alter und einjähriger Wohnsitz in der betreffenden Gemeinde; weder ein Census, noch das Gehören zu einer sogenannten Capacität werden bei uns erfordert.

Dieser breiten Basis der Berufung gegenüber sind eine unverhältnismäßig große Zahl von Unfähigkeits- und Ablehnungsgründen aufge-

Digitized by Google

stellt, durch welche vorzugsweise solche Personen dem Geschwornendienst entgehen können, die den höheren Bildungsschichten angehören.

Ungerechtfertigt erscheint es z. B., daß Volksvertreter, „so lange sie dieses sind," für unfähig zum Geschwornenamt erklärt werden. Eine analoge Gesetzesbestimmung ist uns aus keiner Gesetzgebung, außer aus der englischen, bekannt. Wir möchten daher statt der Worte in Art. 23 Ziff. 1 cit. „so lange sie dies sind" vielmehr vorschlagen, zu setzen: „so lange die Sitzungen des Landtags dauern". Auch möchte aus diesem Unfähigkeitsgrund vielmehr eine Ablehnungsbefugnis gemacht werden.

Ohne zureichenden Grund hat man ferner in §. 8 der Novelle vom December 1854 alle Geistlichen, active Militärs und Volksschullehrer für „unfähig" zum Geschwornenamt erklärt. Mag auch für jede dieser Classen die Berufung zum Geschwornen zuweilen mit manchen Störungen des öffentlichen Dienstes verbunden sein, so sind solche Störungen doch ein geringeres Übel, als die dauernde Ausschließung so vieler intelligenter Elemente von einem Zweige der Justiz, der auf Heranziehung solcher Elemente berechnet sein sollte.

Die Dienstboten hätten aber schon deshalb in §. 8 lit. d cit. nicht für unfähig zum Geschwornenamte erklärt werden sollen, weil ohnehin kein gut componirtes Wahlcollegium solche auf die engere Liste setzen wird.

Auch die in Art. 25 der Strafproceßordnung und §. 9 der Novelle zu derselben aufgeführten Ablehnungsgründe sind allzu zahlreich. So können nach §. 9 Ziff. cit. diejenigen, welche das 60. Jahr überschritten haben, das Geschwornenamt ablehnen, während nach allen anderen deutschen Gesetzgebungen diese Befugnis erst vom 65. oder gar vom 70. Jahre an beginnt.

Wir halten es ferner für ein ungerechtfertigtes Privilegium, daß alle Anwälte und Ärzte die Berufung zum Geschwornenamt ablehnen dürfen. Hinsichtlich der Ärzte möchten wir die frühere Clausel wieder hergestellt sehen: „wenn sie an ihrem Wohnorte die einzig zur Praxis Berechtigten sind".

Wir erklären uns ferner gegen die Ablehnungsbefugnis: „der Hof-, Staats- und Gemeindebeamten, welche durch ein Zeugnis ihrer vorgesetzten Dienstbehörde ihre Unentbehrlichkeit im Dienst bescheinigen". Diese Bestimmung hat faktisch ein persönliches Privilegium der Befreiung vom Geschwornenamt geschaffen. Selten wagt es ein Wahlcollegium noch, einen Beamten auf die Jahresliste zu setzen, weil man erwartet, daß dieser Beamte ohne Schwierigkeit ein Unentbehrlichkeitszeugnis im Fall der Auslooſung beibringen wird. Wer aber die Ver-

Digitized by Google

hältnisse unseres Staatsdienstes kennt und richtig würdigt, der wird in die Behauptung mit einstimmen: Es gibt gar keine Beamte, die im Dienst unentbehrlich sind! Jedem Beamten wird auf Verlangen ein Urlaub auf einige Wochen im Jahr gern bewilligt. Auch bei kürzeren Erkrankungen solcher Beamten pflegt für den Dienst Rath geschafft zu werden. Wird nun ein Beamter auf 14 Tage zum Geschwornenamt einberufen, so können entweder seine ohnehin bei derselben Behörde arbeitenden Collegen dessen Geschäfte übertragen, oder die Regierung kann einen Stellvertreter an seine Stelle deputiren. Die dafür aufzuwendenden Kosten mag man der Staatscasse anfinnen, und dieses Opfer wird weniger zu beklagen sein, als in der Regel die zum Geschwornenamt berufenen Privatleute die Opfer empfinden, die ihnen der Geschwornendienst auferlegt. Hält man aber eine ähnliche Bestimmung, wie die in Ziff. 5 getroffene, für durchaus nothwendig, so wähle man wenigstens eine Fassung, welche die Geltendmachung der Ablehnung gleichzeitig erschwert und auf den allein richtigen Gesichtspunkt zurückführt, also etwa in folgender Weise:

„Hof-, Staats- und Gemeindebeamte, auch Militärpersonen, welche durch ein Zeugnis ihres vorgesetzten Ministeriums bescheinigen, daß ihre Beurlaubung zum Geschwornenamt im Interesse des Dienstes durchaus unmöglich ist."

Wir schlagen also eine Beschränkung der Unfähigkeits- und Ablehnungsgründe in der näher angegebenen Weise vor. Dagegen verzichten wir darauf, als Bedingung der Wählbarkeit einen Census, oder das Gehören zu einer sogenannten Capacität vorzuschlagen. Eine solche Beschränkung dürfte nicht nöthig sein, falls das zur Aufstellung der Jahresliste berufene Wahlcollegium gut zusammengesetzt ist und seinen Beruf sachgemäß erfüllt. Zudem liegt faktisch ein Census schon darin, daß mit dem Geschwornenamt ein bestimmter Aufwand verbunden ist, den der Berufene aus eignen Mitteln zu tragen im Stande sein muß.

2) Aus den Urlisten wird nun nach dem jetzt bestehenden Gesetz eine Jahresliste gebildet. Wir sind nun nicht damit einverstanden,

A) daß auf 500 Seelen ein Geschwornencandidat auf die Jahresliste gewählt wird;

B) daß die Wahl nach Einzelgerichtsbezirken erfolgt und

C) daß der Wahlausschuß in der Regel aus dem Einzelrichter und aus 8 Mitgliedern aus den Ortsvorständen der zum Bezirk gehörigen Gemeinden gebildet wird.

Zu A. Dieser Wahlmodus führt dahin, daß für den ganzen Appellationsgerichtsbezirk eine Jahresliste von 962 Personen aufgestellt wird. Dabei ist schwerlich ein sorgfältiges Auswählen des einzelnen

Digitized by Google

Candidaten, ein Abwägen seiner Eigenschaften — allenfalls nach eingezogener Erkundigung — möglich. Es ist ein massenweises Registriren, bei dem man — wenigstens in manchen Bezirken — nehmen muß, wer nur einigermaßen zulässig erscheint.

Zu B. Besonders schädlich wirkt dabei auch, daß nach zu kleinen Bezirken gewählt wird, während die intelligenten und qualificirten Elemente nicht gleichmäßig nach solchen Bezirken vertheilt sind. Wenn z. B. im Amtsbezirk Kaltennordheim nach demselben Verhältnis gewählt wird, als in der Stadt Weimar, und im Amtsbezirk Hohenleuben, wie in der Stadt Gera, so ist es klar, daß aus den besser ausgestatteten Wahlbezirken eine ganze Zahl geeigneter Personen aus der Liste weggelassen werden, während in manchen anderen Bezirken man bei der Wahl auf die Jahresliste durchaus nicht wählerisch zu Werke gehen kann. Aus dieser Einrichtung erklärt es sich denn auch, warum das Element der Bauern in der Jahresliste ein so sehr überwiegendes werden muß. So setzt sich z. B. die Jahresliste für 1864 aus den oben aufgestellten drei Kategorien folgendermaßen zusammen: Kategorie A: 587; B: 166; C: 205. Zusammen 958. Vier gesetzlich unfähige Personen sind dabei nicht mit berücksichtigt.

Zu C. Unsere Wahlausschüsse bestehen faktisch zum größten Theil aus Dorfbürgermeistern. Diese sind ad hoc zusammengetreten und bilden kein organisirtes, zum harmonischen Zusammenwirken gewöhntes Collegium. Wir glaubeu ferner, daß eine höhere Organisation der Wahlbehörde auch auf die Auswahl der zu Wählenden von heilsamem Einfluß sein würde.

Namentlich aber tadeln wir, daß von dem Wahlausschuß die zur Funktion im Geschwornenamt wirklich Berufenen gar nicht gewählt werden, sondern daß der unvollständigste aller Factoren, scil. das Loos, die eigentliche Auswahl übernimmt. Von 962 Namen werden 72 zu jeder Assise ausgeloost, aus denen — seit der Novelle zur Strafproceßordnung von 1854 — der Appellationsgerichtspräsident die 36 Sitzungsgeschwornen auswählt. Diese Reduktion durch den Präsidenten hat sich als ein wenig ausreichendes Correktiv gegen die Unbilden des Zufalls erwiesen; denn wenn unter den ausgeloosten 72 Personen wenig intelligente sind, so kann deren der Präsident nicht mehr, als vorhanden, unter die 36 bringen. Dazu kommt, daß für einen Appellationsgerichtspräsidenten eine weit ausgedehnte Personalkenntnis unter den Geschwornen schwer zu erlangen ist.

Auf unsere Einrichtungen paßt in hohem Grade ein Wort, welches Glaser, der beredte Vertheidiger der Schwurgerichts-Institution für Östreich in seiner Broschüre „Zur Jury-Frage" S. 67 gesagt hat:

Digitized by Google

„Die Schwierigkeit bei Geschwornengerichten liegt zumeist nicht darin, daß man an den geeigneten Männern Mangel hätte, sondern darin, daß man wegen der allgemein herrschenden politischen Zerfahrenheit nur zu oft die Auswahl lieber dem Zufall, als Personen oder Körperschaften überlassen will, welche dabei vielleicht parteiisch vorgehen könnten."

Wir verlangen demnach eine Beseitigung der unverständigen Auswahl zur Sitzungsliste durchs Loos und eine wirkliche Wahl der Geschwornen durch einen intelligenten Wahlfactor.

Wem aber soll diese Wahl überlassen werden? Diese Frage ist vielleicht die schwierigste von denen, welche wir hier besprechen.

Die Wahl der Sitzungsgeschwornen, oder doch der 72, oder 48, aus denen diese dann genommen werden, ist in vielen Ländern dem Chef einer höheren Verwaltungsbehörde: einem Präfecten, oder Regierungspräsidenten anvertraut. Wo diese Einrichtung besteht, da hat man auch sorgfältig gewählte, intelligente Geschwornenbänke, denen das öffentliche Vertrauen in keiner Weise fehlt. Gleichwohl beabsichtigen wir nicht, die Einführung einer solchen Einrichtung für unsere Länder vorzuschlagen. Sie hat einen allzu büreaukratischen Charakter, um bei uns Eingang zu finden. Wir wünschen vielmehr die betreffende Wahl einer gleichzeitig volksthümlich zusammengesetzten und mit Personalkenntnis ausgestatteten Körperschaft anvertraut zu sehen, welche doch durch ihren Berufskreis mit den Interessen der öffentlichen Ordnung verbunden und vertraut ist. Als solche Körperschaften stellen sich die in Weimar und Schwarzburg-Sondershausen bestehenden Bezirksausschüsse unter der Mitwirkung und dem Vorsitz der Bezirksdirectoren, bezüglich der Landräthe dar.

In den Fürstenthümern Schwarzburg-Rudolstadt und Reuß j. L. bestehen keine Bezirksausschüsse. Da indes die Landtäge dieser Länder gleichzeitig dasjenige vertreten, was anderwärts die Kreis- oder Provinzialvertretungen bedeuten, so möchte folgender Vorschlag sich praktisch erweisen. Jedes dieser Fürstenthümer zerfällt in zwei Wahlbezirke — Rudolstadt in die Oberherrschaft und die Unterherrschaft, Reuß j. L. in den Kreisgerichtsbezirk Gera und den Kreisgerichtsbezirk Schleiz. Für jeden dieser Wahlbezirke wird ein Wahlausschuß componirt, zu dem die Regierung zwei Mitglieder, unter Bezeichnung des Vorsitzenden, und der Landtag aus seiner Mitte, oder aus anderen Kreiseingesessenen für seine ganze Sitzungsperiode jedesmal drei Mitglieder deputirt.

Da ein Zusammentreten dieser Ausschüsse vor jeder Assise ein unnöthiger Aufwand sein würde, so möchten wir befürworten, daß dieselben einmal im Jahr eine Jahresliste von im Ganzen 150 Personen

Digitized by Google

zu wählen haben. Wieviel von diesen Personen auf jeden Wahlbezirk kommen würden, das möchte nach Verhältnis der Bevölkerungszahl — als eine bloß arithmetische Regulirung — der Vereinbarung, bezüglich Bestimmung der Regierungen zu überlassen sein.

Von diesen 150 Personen soll der Appellationsgerichtspräsident vor jeder Assise 30 Personen zu Hauptgeschwornen auswählen.

Wir wollen nemlich, wie dies fast in allen anderen Ländern besteht, die Zahl der Hauptgeschwornen von 36 auf 30 reducirt sehen.

Da wir höchstens vier Assisen im Jahre haben, so würde die Zahl der 150 ausreichen und für etwaige Ausfälle, Sterbefälle, Verhinderungen u. s. w. immer noch einen Überschuß bieten. Das Wahlrecht des Präsidenten würde aber eigentlich nur in einer Vertheilung der Reihenfolge bestehen, da er nach §. 9 Ziff. 3 der Novelle von 1854 niemand zweimal im Jahr wird berufen können. Die vorgeschlagene Einräumung an den Präsidenten des Appellationsgerichts, welche, falls die eigentlichen Wahlbehörden das allgemeine Vertrauen haben, politisch unbedenklich ist, hat zugleich ihre großen praktischen Vorzüge. Der Präsident wird nemlich in Bezug auf die Auswahl derjenigen Assise, zu der er einen Geschwornen einberufen will, billigen Wünschen Rechnung tragen können. Fällt z. B. die erste Assise mit einer Messe zusammen, so wird er einen Kaufmann, der diese Messe besuchen muß, lieber zur zweiten, oder dritten Assise im Jahre einberufen. Die unpraktische Starrheit und Unabänderlichkeit, welche jetzt mit der Ausloosung zum Geschwornendienst verbunden ist, wird somit wegfallen und damit wird an sich schon die Last des Geschwornendienstes erleichtert werden. Wenn ein Beamter zum Geschwornen gewählt ist, so wird der Appellationsgerichtspräsident auch darauf Rücksicht nehmen können, zu welcher Zeit im Jahr dieser Beamte am besten von seinen Geschäften abkommen kann. Dadurch wird das Ablehnungsrecht der Beamten „wegen angeblicher Unentbehrlichkeit im Dienst" um so entbehrlicher werden.

Der hier vorgeschlagene Wahlmodus ist zugleich liberaler und mehr Garantien bietend, als die jetzt bestehenden Bestimmungen. Dieselben Garantien aber, die gegen ungerechtfertigte Freisprechungen wirksam sind, werden selbstverständlich auch gegen ungerechte Verurtheilungen der Justiz zu Statten kommen. Ist auch die Gefahr, daß dergleichen Verurtheilungen erfolgen, uns bis jetzt fern geblieben — in welcher Beziehung wir hier unerörtert lassen, welche unserer Institutionen zu diesem Resultat durch ihre Haltung günstig mitgewirkt haben — so kann man doch auch gegen diese Gefahr nicht Garantien genug haben und wird

Digitized by Google

daher die jetzt vorgeschlagenen auch von diesem Gesichtspunkt aus gewiß gern acceptiren.

Die Institute des Self-Governments, zu denen das Schwurgericht mit gehört, können überall nur dann eine heilsame Bedeutung für unser Staatsleben gewinnen, wenn sie zweckmäßig organisirt sind und in ihrer Einrichtung den Grundsatz des Aristoteles nicht verleugnen, daß überall die Weisesten herrschen müssen.

Vor allem aber glaube man nicht, daß mit dem Worte, oder der Form der Jury alles gegeben sei! Das Institut des Geschwornengerichts ist überall ein solches, welches mit Sorgfalt und Liebe gepflegt werden muß. Seine zweckmäßige Organisation ist eine der würdigsten Aufgaben für denkende Staatsmänner, namentlich für solche, welche für die innige Wechselbeziehung zwischen dem Staatsleben und der Gliederung der Gesellschaft Sinn haben.

Wir stellen unsere Vorschläge in der Beilage in der Form eines Gesetz-Entwurfs zusammen, wie derselbe etwa für das Großherzogthum Sachsen-Weimar proponirt werden könnte.

Gesetz,

die Abänderung der in der Strafproceßordnung und der Novelle vom 9. December 1854 über die Wahl der Geschwornen gegebenen Bestimmungen betreffend.

§. 1.

Zu Art. 23 der StPO. und §. 8 der Novelle vom 9. Decbr. 1854.

Die Unfähigkeit der Volksvertreter, der Geistlichen, der Militärpersonen und der Volksschullehrer zum Ehrenamt eines Geschwornen wird aufgehoben.

§. 2.

Statt Art. 25 der StPO. und §. 9 der Novelle vom 9. Decbr. 1854, welche aufgehoben werden:

Zur Ablehnung des Amtes eines Geschwornen sind berechtigt:

1) diejenigen, welche das 65. Lebensjahr zurückgelegt haben;
2) diejenigen, welche durch ein Zeugnis ihres Gemeindevorstandes nachweisen, daß sie den mit dem Amte eines Geschwornen verbundenen Aufwand aus eignen Mitteln zu tragen, außer Stande sind;
3) diejenigen, welche Haupt- oder Ergänzungsgeschworne (Art. 30 u. 32) gewesen sind; die ersteren für ein Jahr und die letzteren für drei Monate von dem Ende des Geschwornengerichts an, bei welchem sie als Geschworne zugegen waren;

Digitized by Google

4) Ärzte, wenn sie an ihrem Wohnort die einzig zur Praxis berechtigten sind;
5) Volksvertreter während der Sitzungen des Landtags;
6) Militärpersonen während eines Kriegs und während einer Mobilmachung.

Jede Ablehnung von Seiten aller dieser Personen muß wenigstens drei Tage vor dem Beginn der Sitzung eines Geschwornengerichts dem Präsidenten des Gerichtshofs angezeigt werden.

Die Ablehnungsgründe können auch dem Vorsitzenden des Wahlausschusses (§. 3 dieses Gesetzes) vor Aufnahme der Jahresliste angefügt worden, worauf der die Jahresliste anfertigende Ausschuß den Ablehnungsgrund zu prüfen und im Falle der Billigung desselben den Ablehnenden nicht auf die Jahresliste zu bringen hat.

§. 3.

Statt Art. 28 der StPO., welcher aufgehoben wird:

Aus den Bezirksurlisten wird alljährlich eine Jahresliste durch Auswahl gebildet. Diese Wahl wird von einem Ausschuß vorgenommen.

Diese Wahlausschüsse bestehen im Großherzogthum aus den Bezirksausschüssen unter dem Vorsitz und der Mitwirkung der Bezirksdirectoren.

Über die Zusammensetzung der Wahlausschüsse für die Fürstenthümer Schwarzburg und Reuß j. L. wird die Gesetzgebung dieser Länder das Nähere bestimmen.

An die Vorsitzenden dieser Ausschüsse haben die Einzelrichter ihre Bezirksurlisten bis zum 10. October jedes Jahres zu übersenden.

§. 4.

Statt Art. 29 der StPO., welcher aufgehoben wird:

Jeder Ausschuß bildet die Jahresliste aus den Urlisten seines Bezirks in der Weise, daß er nach Stimmenmehrheit und bei Stimmengleichheit unter entscheidender Stimme des Vorsitzenden, die von ihm zu wählende Anzahl von Personen auswählt.

Das Justizministerium wird nach Verhältnis der Bevölkerungszahl bestimmen, wie viel Personen in jedem Wahlbezirk zur Jahresliste zu wählen sind.

Im Ganzen sollen von allen Wahlausschüssen zusammen für einen Geschwornenbezirk 150 Personen zur Einzeichnung auf die Jahresliste gewählt werden.

Die Ausschüsse haben aus ihren Bezirksurlisten solche Personen zu Geschwornen auszuwählen und auf ihre Jahresliste zu bringen, welche durch Unabhängigkeit, durch Selbständigkeit ihres Charakters, durch Ruhe und Besonnenheit, durch ehrenhafte Gesinnung, durch ihre

Digitized by Google

Einsicht und Lebenserfahrung die Achtung und das Vertrauen ihrer Mitbürger erworben haben.

§. 5.

Statt des aufgehobenen Art. 32 der StPO. und statt §. 10 der Novelle vom 9. Decbr. 1854, welcher aufgehoben wird:

Die Zahl der Hauptgeschwornen soll auf 30 festgesetzt werden.

Der Präsident des Appellationsgerichts wählt die Hauptgeschwornen aus den auf der Jahresliste verzeichneten Personen aus.

Stellt es sich vor dem Beginn der Assise heraus, daß das Erscheinen eines der gewählten Hauptgeschwornen unmöglich ist, so wählt der Appellationsgerichts-Präsident an dessen Stelle eine andere der auf der Jahresliste verzeichneten Personen.

§. 6.

Zusatz zu §. 11 der Novelle vom 9. December 1854.

Nachträglich gewählte Hauptgeschworne (§. 5 am Schluß dieses Gesetzes) sind den Angeklagten vor dem Beginn der sie betreffenden Hauptverhandlung auf Anordnung des Präsidenten des Gerichtshofs mitzutheilen.

Über Gerichtszuständigkeitsfragen im Großherzogthum S. Weimar

Vom Herrn Präsident Dr. Wilhelm Burckhard zu Weimar.

Die Trennung der Justiz von der Verwaltung und die neue Justizorganisation haben im Bezug auf die Zuständigkeitsverhältnisse der Gerichte eine Reihe von Fragen hervorgerufen, deren Beantwortung und Feststellung von Interesse ist. Sie treten mehr oder weniger in sämmtlichen neuerdings zu einer Gerichtsgemeinschaft vereinigten Landen hervor. Vor der Neuorganisation der Behörden im Großherzogthum waren die Justizämter gleichzeitig die erste Instanz für die Rechtspflege ohne Unterschied des Objektes, lediglich mit Ausnahme der Rechtssachen gegen schriftsässige Personen; sie waren weiter die Behörden für die freiwillige Gerichtsbarkeit, also für Kauf- und Hypothekenbestätigungen, mit Ausnahme derer über schriftsässige Güter, die Vormundschaftsbehörden im Bezug auf Nichtschriftsassen, endlich die erste Instanz in Verwaltungsangelegenheiten. Seit dem Jahre 1850 ist denselben alle Verwaltung im engeren Sinne entzogen. Statt der früheren persönlichen Schriftsässigkeit in Rechtssachen hat man eine sachliche Schriftsässigkeit bestimmt, so daß alle wichtigeren Klagsachen — unschätzbare und Objekte von 100 Thlrn. und mehr — collegialischen Kreisgerichten zuge-

Digitized by Google

wiesen und nur die geringeren Klagobjekte bei den Justizämtern belassen worden sind. Die Justizämter sind die einzigen obervormundschaftlichen Behörden. Die Berufung in Rechtsstreitigkeiten geht von ihnen je nach dem Objekt theils an das Appellationsgericht, theils an das Kreisgericht. Für alle Angelegenheiten des Vormundschaftswesens, der Handelsregisterführung ꝛc., der Kauf- und Hypotheken-Angelegenheiten sind die Justizämter allein zuständig; das Kreisgericht bildet in Ansehung derselben, sowie überhaupt hinsichtlich der Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die zweite und letzte Instanz für alle Berufungen gegen die Verfügungen der Justizämter seines Bezirks in diesem Bereiche.

Dies vorausgestellt, sollen in dem Nachstehenden einzelne Fragen über die Zuständigkeitsverhältnisse besprochen werden, hinsichtlich deren Zweifel hervorgetreten sind.

I. Das Ediktalverfahren und die Todeserklärung über Verschollene.

Das Großherzogl. Kreisgericht zu Weimar sprach sich über die Zuständigkeitsfrage in dem Verschollenheitsverfahren unter dem 28. Mai 1852 in folgender Weise aus:

„Nach §. 4 d. Ges. vom 15. März 1850 über die Zuständigkeit der Gerichte haben die Justizämter, wie bisher, die Handhabung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, während bürgerliche Rechtsstreitigkeiten von 100 Thlrn. Werth an den Kreisgerichten zugewiesen sind. Die öffentliche Vorladung von etwaigen Erbprätendenten bei Todesfällen, wo man die Erben des Verstorbenen nicht kennt, von Seiten des Gerichts, welchem die cura hereditatis jacentis obliegt, dient aber nur als Mittel, damit das Gericht die Personen kennen lerne, welche wahrscheinliche Ansprüche auf die fragliche Erbschaft zu machen haben, oder aber, um den Mangel von dergl. Prätendenten herauszustellen, hierdurch aber das Gericht der Aufsicht über die hereditas jacens zu entheben; s. Erk. des OAGerichts in Jena vom 11. Januar 1826 in Martin's Jahrb. Bd. 2 S. 93—94. Insoweit ist die öffentliche Vorladung durch Ediktalien nur ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie er in Hypothekensachen ebenfalls vorkommt, worauf auch §. 9 des Gesetzes vom 1. März 1839 hinweist, welcher bestimmt, daß dasjenige Gericht zum Erlaß der Ediktalien competent sein solle, bei welchem die Verwaltung des Vermögens stattfindet. Hieran ist auch durch die neuere Gesetzgebung nichts geändert. Denn vor das Kreisgericht wird die Sache nur alsdann gehören, wenn dieselbe als ein bürgerlicher Rechtsstreit zu betrachten wäre.

„Zum Begriff eines solchen gehört es aber vor allem, daß der einen Partei, welche einen privatrechtlichen Anspruch verfolgt, eine zweite gegenüberstehe, daß mit andern Worten sich ein contradictorisches Verfahren nothwendig macht.

„Dies ist im Allgemeinen in dem Verfahren bei Todeserklärungen nicht jedenfalls erst dann der Fall, wenn sich auf die erlassenen Ediktalien mehrere Prätendenten melden und nun ein Streit über Mein und Dein hervortritt,

Digitized by Google

welchenfalls alsdann die Sache in einen Rechtsstreit übergehen und zur Cognition des Kreisgerichts gehören wird.

„Der §. 20 l. c. gedachte Bescheid kann demnach nicht für ein in einem bürgerlichen Rechtsstreit ertheiltes Erkenntnis angesehen werden, sondern erscheint als eine Entscheidung der Nachlaßbehörde, daß nach den gesetzlich angestellten Erörterungen gewisse Personen sich als die nächsten Berechtigten eines Vermögenstheils legitimirt haben, und daß daher diesen derselbe ausgeantwortet werden könne."

Das Großherzogl. Appellationsgericht aber erkannte unter dem 13. Juli 1852 reformatorisch, indem es Folgendes ausführte:

„Das Großherzogl. Kreisgericht hat den Bl. 13 ersichtlichen Antrag auf Todeserklärung des ꝛc. Christoph aus Wetzhausen im Königreich Baiern durch das Bl. 23 ersichtliche Decret als allhier nicht statthaft zunächst deshalb zurückgewiesen, weil die öffentliche Vorladung etwaiger Erbprätendenten bei Todesfällen von Seiten des Gerichts, welchem die cura hereditatis jacentis obliege, nur als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht aber als ein bürgerlicher Rechtsstreit zu betrachten sei, denn zum Begriff eines solchen gehöre vor allem, daß der einen Partei, welche einen privatrechtlichen Anspruch verfolge, eine zweite gegenüberstehe; das sei aber in dem Verfahren bei Todeserklärungen, im Allgemeinen nicht und jedenfalls erst dann der Fall, wenn sich auf die erlassenen Ediktalien mehrere Prätendenten gemeldet und nun ein Streit zwischen ihnen auftauche, alsdann erst gehe die Sache in einen zur Cognition des Kreisgerichts gehörigen Rechtsstreit über. Es hat aber dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden können. Denn faßt man das ganze in dem Gesetze über die gerichtlichen Todeserklärungen verschollener Personen vom 1. März 1839 geordnete Verfahren in das Auge, so kann demselben in der That der Charakter eines bürgerlichen Rechtsstreits nicht füglich abgesprochen werden. §. 12 bestimmt, daß, wenn ein Antrag auf Todeserklärung eines Abwesenden bei dem zuständigen Gerichte eingeht, der von dem Abwesenden zurückgelassene Bevollmächtigte, oder wenn ein solcher nicht vorhanden ist, der von dem Gericht alsbald zu bestellende Abwesenheitsvormund sowohl von dem ersten Antrage, als auch von allen weiteren Verhandlungen und Verfügungen in Kenntnis gesetzt werden soll, damit dieser die Rechte des Abwesenden hierbei wahren und darauf sehen könne, daß bei dem ganzen Verfahren die gesetzlichen Vorschriften gehörig befolgt werden.

„Hiernach fehlt es schon von vornherein nicht an einem bestimmten Gegner der den Anspruch auf Todeserklärung verfolgenden Partei, es ist eben der Abwesende selbst, welcher durch seinen Bevollmächtigten oder Vormund in Bezug auf die Wahrung seiner Rechte vertreten wird.

„Wenn das Kreisgericht annimmt, daß erst dann, wenn auf die erlassenen Ediktalien mehrere Erbprätendenten sich melden, von einem wirklichen Rechtsstreite die Rede sein könne, so läßt es unberücksichtigt, daß die Ediktalladung etwaiger Erbprätendenten und der zwischen solchen entstehende Streit nur einen Theil des ganzen Verfahrens bildet, und daß dieses zunächst und hauptsächlich gegen den Abwesenden selbst gerichtet ist, um dessen ganze rechtliche Persönlichkeit und insbesondere um dessen Recht auf das in Frage stehende Vermögen dem Antragsteller gegenüber es sich dabei handelt.

„Wenn ferner im §. 20 bestimmt ist, daß der Verschollene aufgefordert

Digitized by Google

werden soll, sich zu melden, um über sein Vermögen selbst verfügen zu können und zwar unter dem anzudrohenden Rechtsnachtheile, daß er außerdem in einem Bescheidstermine für todt werde erklärt und daß der Nachlaß, wenn der zu ertheilende Bescheid die Rechtskraft beschritten, an die dazu befugten Personen werde ausgeantwortet werden, so zeigt sich hierin recht deutlich der Charakter eines Rechtsstreits, da nur in einem solchen von Androhung eines die Sachfälligkeit zur Folge habenden Rechtsnachtheils und von einem der Rechtskraft fähigen Bescheide die Rede sein kann.

„Daß überhaupt das Ediktalverfahren von unserer Gesetzgebung zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gezählt wird, geht auch aus §. 12 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Gerichte vom 15. März 1850 hervor, wo nach der Bestimmung, daß das Kreisgericht in allen nicht geringfügigen oder minderwichtigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die erstinstanzliche Verhandlung und Entscheidung habe, die Ediktalprocesse zur Amortisation verlorener Staatsschuldurkunden des Großherzogthums ausschließlich dem Kreisgerichte zu Weimar zugewiesen worden.

„Handelt es sich nun aber im vorliegenden Falle wirklich um einen Rechtsstreit, so kann hingesehen auf §. 11 vergl. mit §. 1 des obengedachten Gesetzes die Competenz des Kreisgerichts nicht bezweifelt werden."

Das Großherzogl. und Gesammt-Oberappellationsgericht zu Jena trat in einem Bescheide vom 25. April 1853 dem bei:

„Es muß dem vorigen Erkenntnis darin beigepflichtet werden, daß der Antrag auf Todeserklärung eines Abwesenden als ein Gegenstand der sog. streitigen Gerichtsbarkeit anzusehen ist, und die darauf zu erlassende Verfügung keinegwegs als ein Akt der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgefaßt werden darf, deren gegenseitige Grenzen in Ermangelung desfallsiger besonderer Gesetze durch Theorie und Praxis dahin bestimmt sind, daß die Thätigkeit der für die streitige Gerichtsbarkeit bestellten Behörden auf die Wiederherstellung eines irgendwie gestörten Rechtszustands in Folge des Antrags eines dabei Betheiligten und zu dem Ende auf die Anwendung derjenigen Mittel gerichtet sein soll, wodurch dem von einem bestimmten Gegner angefochtenen Recht nach vorgängiger Prüfung und Feststellung der dasselbe bedingenden Thatsachen der gesetzliche Schutz zu Theil werden und der Gegner dieses Rechts zu dessen Anerkennung genöthigt werden soll, während die Aufgabe der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit im Allgemeinen darin besteht, dergleichen Störungen des rechtlichen Friedens unter den Staatsbürgern zu verhüten und durch genaue Bestimmung der die Entstehung, Erhaltung oder Veränderung rechtlicher Verhältnisse bezweckenden Willenserklärungen dergleichen Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen. S. Puchta, Handb. des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ausg. 2.) 1. Thl. S. 6 ff. Bei einem Antrage, wie der auf Todeserklärung eines Abwesenden zum Zweck der Vererbung des ihm gehörigen Vermögens gerichtete, ist nun zwar ein solcher Gegner nicht immer schon vorhanden, allein der Zweck dieses Antrags alsdann eben mit darauf gerichtet, denselben auszumitteln, um dessen etwaigen Widerspruch gegen die Verabfolgung des Vermögens des Abwesenden an den Antragsteller zu beseitigen und so dessen vermeintliches oder wirkliches Recht auf dieses Vermögen zur Anerkennung zu bringen.

Digitized by Google

„Diese Voraussetzungen eines solchen Antrags sind auch bei dem vorliegenden Gesuche vorhanden."

Für das Großherzogthum S. Weimar ist die Zuständigkeit nach dieser letzteren Auffassung durch das Gesetz vom 5. Juni 1853 auch gesetzlich festgestellt worden.

II. Die Verwaltung eines Nachlasses und die Schlußfassung über die Ausantwortung desselben an die Betheiligten gehört regelmäßig und zunächst vor den Einzelrichter im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Im Verfahren über die Regulirung des Nachlasses des zu Schweinfurt verstorbenen Großherzogl. Oberförsters E. zu Blankenhain hatte das Justizamt daselbst decretirt, wie der Nachlaß zu vertheilen und dabei ausgesprochen, daß ein Viertheil desselben für den hierzu erbberechtigten X. im Königreich Baiern unter obrigkeitlicher Aufsicht so lange zu verwalten sei, bis dieser entweder für todt geachtet werden könne, oder zurückgekehrt sein, oder die Erbschaft ausgeschlagen haben werde. Gegen dieses Decret legte die Mutter des abwesenden X. namentlich deshalb Berufung ein, weil der Antheil am Nachlaß nicht ihrem Sohne, resp. wegen der vorliegenden Einkindschaft ihr selbst ausgeantwortet werden solle. Über die Erbberechtigung und die Höhe der Erbantheile selbst bestand zwischen sämmtlichen Betheiligten kein Streit. Auf diese an das Kreisgericht zu Weimar gerichtete Berufung erkannte dasselbe bestätigend und sprach sich im Bezug auf die obige Frage dahin aus, daß das Justizamt bei dem Mangel von das Erbrecht sich streitig machenden Personen lediglich in der Eigenschaft einer Depositat- bezüglich Nachlaß-Behörde jenes Decret ertheilt habe, wozu es nach §. 4. 8 des Gesetzes vom 15. März 1850 ebenso zuständig zu erachten sei, als folgeweise das Kreisgericht nach §. 14 desselben Gesetzes zur zweitinstanzlichen Entscheidung. Als dann im weiteren Verlaufe der Sache das Justizamt beschloß, den X.'schen Erbtheil an die Königlich Baiersche Behörde abzugeben, wurde von andern Miterbberechtigten hiergegen Berufung an das Kreisgericht eingewendet, und als das erstinstanzliche Decret bestätigt wurde, auf dagegen weiter eingelegte Berufung von dem Großherzogl. Appellationsgericht unter dem 26. August 1851 erkannt, daß dieselbe als anher nicht erwachsen zu verwerfen sei, da es sich nicht um eine streitige Rechtssache, sondern um Regulirung jenes Nachlasses, bezüglich um Verwaltung eines Depositums handle, also nach §. 4. 8. 14 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Gerichte vom 15. März 1850 in erster Instanz das Justizamt, in zweiter und letzter Instanz das Kreisgericht competent erscheine, gegen des letzteren Entscheidung demnach ein weiteres Rechtsmittel nicht statthaft sei.

Digitized by Google

III. Über die Zuständigkeit der Vorladung unbekannter Erben.

Das Kreisgericht zu Weimar hat sich im Bezug auf diese Zuständigkeit in nachstehender Weise ausgesprochen: „Wenn auch der Ediktalproceß in dem gemeinen Rechte seinen Ursprung hat, sind doch in demselben nähere Bestimmungen über die Art und Weise des Verfahrens und namentlich über die zu stellenden Präjudizien nicht getroffen. Es kommt daher alles darauf an, was die Particulargesetzgebung in dieser Hinsicht verordnet. Für den Weimarischen Kreis fehlt es in dieser Richtung an particularrechtlichen Vorschriften und man kann es in Zweifel ziehen, ob danach eine präjudizielle Ladung und eine Präclusion von der Erbschaft gerechtfertigt erscheine, ob nicht vielmehr ein Verfahren einzuleiten sei, wie dies das OAGericht zu Jena in einem besonderen Falle bezeichnet hat, Martin, Jahrb. der Gesetzgeb. und Rechtspfl. in Sachsen II. Bd. S. 86, und ob nicht für ein solches Verfahren der Einzelrichter als Nachlaßbehörde zuständig erscheine. Im Neustädter Kreise dagegen, für welchen durch das Churſächsische Mandat vom 13. Nov. 1779 die präjudizielle Vorladung unbekannter Erben und deren Ausschließung von dem Nachlaß zugelassen und für gewisse Fälle vorgeschrieben ist, erscheint zu Einleitung dieses Verfahrens der Einzelrichter offenbar alsdann nicht berechtigt, wenn der Werth des Nachlasses die Summe von 100 Thlrn. erreicht — —".

Ich bin ganz damit einverstanden, daß das Verfahren zu Herbeiführung einer Todeserklärung mit ihren Folgen ein Rechtsverfahren involvirt, welches nur und allein vor dem mit der streitigen Gerichtsbarkeit betrauten Richter ausgetragen werden kann. Auch kommt es nach der Gerichtsverfassung des Großherzogthums, ganz abgesehen von der ausdrücklichen Bestimmung in dem Gesetze vom 5. Juni 1853, nicht auf das hierbei in Frage stehende Vermögensobjekt an, da in der Todeserklärung stets ein unschätzbares Objekt liegt, so daß also nur das Kreisgericht, niemals ein Einzelgericht, zuständig sein kann. Dagegen kann meines Erachtens aus §. 12 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Gerichte vom 15. März 1850, nach welchem die Ediktalprocesse zur Amortisation verlorener Staatsschuldurkunden des Großherzogthums ausschlüssig — ohne Rücksicht auf das Objekt — dem Kreisgericht zu Weimar zugewiesen sind, nicht hergeleitet werden, daß überhaupt das Ediktalverfahren von unserer Gesetzgebung zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gezählt werde. Die Bestimmung des §. 12 cit. ist eine singuläre, welche auf ganz anderen Gründen beruht, als auf dem bezeichne-

Digitized by Google

ten Prinzipe, dessen Unrichtigkeit sich beispielsweise auch aus §. 327 des Pfandgesetzes vom 6. Mai 1839 ergibt, wo gesagt ist:

„Verweigert der Gläubiger die Annahme der Pfandschuld, oder ist die Person oder der Aufenthalt desselben unbekannt, so kann die Pfandschuld bei der Unterpfandsbehörde deponirt werden und es hat diese alsdann den Gläubiger im letzten Falle durch Ediktalien zur Empfangnahme der Pfandschuld oder zur Klageerhebung aufzufordern. Erfolgt in der bestimmten Frist weder das Eine noch das Andere, so gilt dieses der ausdrücklichen Einwilligung des Gläubigers in die Löschung der Hypothek gleich, die niedergelegte Schuld aber wird sodann als ein Depositum des Gläubigers für diesen und auf seine Gefahr aufbewahrt. Die Eröffnung des Ediktalprocesses setzt jedoch außer der Deposition der Pfandschuld noch voraus, daß der Schuldner eidlich erhärte, daß er den Gläubiger oder dessen Aufenthalt nicht kenne und daß der Gläubiger in den letzten zwei Jahren Zinsen nicht erhoben habe."

Mir scheint wenigstens im Wesentlichen richtig zu sein, was das OAGericht a. a. O. ausgeführt hat und danach auch die Frage über die Zuständigkeit entschieden werden zu müssen. Das OAGericht spricht sich über die rechtliche Natur der Ediktalladungen unbekannter Erben eines Verstorbenen dahin aus, daß

1) Ediktalien dieser Art überhaupt nicht als Aufforderungen zum Klagen, wie in anderen Fällen, betrachtet werden dürfen, da es an einem auffordernden Beklagten fehlt, welchen ja das Gericht für seine eigene Person um so weniger ausmachen kann, als es zugleich über die Wahrscheinlichkeit der zu erhebenden Ansprüche zu urtheilen hat, und welchen der Erbschaftscurator ebenso wenig abgibt, da er als solcher keine Ansprüche auf den in Frage stehenden Nachlaß machen kann. Vielmehr soll

2) hierdurch gar kein Rechtsstreit veranlaßt werden, sondern das Gericht will nur einseitig die Erbschaftsprätendenten und die Begründung ihrer Ansprüche in der Absicht kennen lernen, um demjenigen oder denjenigen von ihnen, welche die probabelsten Erbansprüche haben, vorläufig den Besitz des Nachlasses einräumen zu können, ohne den übrigen das Recht zu beschränken, gegen diesen oder diese Besitzer alsdann ihre vermeintlich besseren Ansprüche possessorisch oder petitorisch zu verfolgen. Man sollte die unter solchen Umständen zu erlassende öffentliche Aufforderung nur als das Mittel betrachten, um von Seiten des Gerichts die Personen kennen zu lernen, welche wahrscheinliche Ansprüche auf die in Frage stehende Erbschaft zu machen haben, oder aber um sich zu überzeugen, daß dergleichen Prätendenten nicht vorhanden, oder doch nicht gesonnen sind, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen. In dem einen wie in dem andern Falle würde der Zweck des ausschreibenden Gerichts zunächst nur sein, der lästigen Aufsicht über die cura hereditatis jacentis wenigstens dadurch enthoben zu werden, daß eine

Digitized by Google

Erbschaft, zu der sich niemand finden will, dem Fiskus, außerdem aber demjenigen sich meldenden Erben, welcher darauf die wahrscheinlicheren Ansprüche bescheinigt, zu besitzen eingeräumt und anderen, welche weniger wahrscheinliche Ansprüche haben, deren Verfolgung gegen jenen Besitzer vorbehalten wird.

3) Danach darf zwischen den mehreren sich etwa Meldenden weder ein Streit über vermeintliche Priorität schon jetzt, ehe einer von ihnen in den Besitz eingewiesen worden ist, zugelassen, noch auch ein Rechtsmittel gegen die Verfügung des Gerichts, wodurch der nächste vorläufige Besitzer bestimmt wird, verstattet werden, indem diese provisorische Besitzanordnung eine rein polizeiliche Maßregel ist, welche den Rechten aller übrigen auf keine Weise zu nahe treten kann.

Aus diesen Sätzen folgt, was die Zuständigkeit betrifft, daß das Gericht in einem solchen Falle — abgesehen von besonderen gesetzlichen Bestimmungen — nicht als Proceßgericht, sondern als Nachlaßbehörde thätig wird. Wo nicht, wie nach dem Churſächs. Mandat die Ediktalcitation in Civilsachen außer dem Concurse betreffend vom 13. Novbr. 1779 gesetzlich geordnet ist, daß im Bezug auf eine hereditas jacens wirkliche Rechtspräjudizien gestellt werden können, wo nicht, wie dort die Nichterschienenen auf erfolgte Provocation und Ungehorsamsbeschuldigung durch ein richterliches Decret präcludirt und ihrer Ansprüche an die Erbschaft gänzlich verlustig erklärt werden sollen, wenn sie sich nicht innerhalb eines Jahres von Eröffnung des Contumacialerkenntnisses melden — welchen Falles also die eigentlich richterliche Thätigkeit eintritt, bei welcher nach der Gerichtsorganisation im Großherzogthum zwischen den Kreisgerichten und den Einzelrichtern die Höhe des Objektes, ob dasselbe unschätzbar ist resp. mindestens 100 Thlr. beträgt, oder nicht, entscheidet — gehört das Verfahren sammt der Ediktalladung vor die Verlassenschaftsbehörde, vor den Einzelrichter, welcher den Nachlaß in seinen Gewahrsam genommen hat. Dieser darf aber bei der Ediktalaufforderung keine sachlichen Rechtsnachtheile, sondern nur solche Präjudizien stellen, welche die Verwaltung des Nachlasses und die vorläufige Verfügung über denselben betreffen. Hierzu ist er vollkommen zuständig, wie bereits oben unter Ziffer II ausgeführt wurde. Damit stimmen dann auch die Vorschriften des Gesetzes vom 6. April 1833 über die Erbfolge ohne Testament und Vertrag durchaus überein.

§. 133. „Wer als Verwandter, Ehegatte oder nach dem fünften Abschnitte Berechtigter auf Herausgabe einer ihm als gesetzlichem Erben angefallenen Erbschaft eine Klage (hereditatis petitio ab intestato) anstellt, ist schuldig, seine angeführte Eigenschaft zu erweisen.“ (Also nicht, daß kein näherer oder gleich naher Berechtigter vorhanden sei.)

Digitized by Google

§. 136. „Auch wenn der Richter einen Nachlaß unter Aufsicht genommen hat, braucht der, dessen Ausantwortung suchende, gesetzliche Erbe zu seiner Rechtfertigung (Legitimation) nicht mehr beizubringen, als er, wenn er gegen eine Privatperson eine Klage anstellte, nach dem Vorstehenden darzuthun hätte. Es ist also der Richter in der Regel nicht befugt, demselben aus dem Grunde, weil noch andere nähere oder gleich nahe gesetzliche Erben vorhanden sein könnten, die Ausantwortung der Verlassenschaft zu verweigern und amtshalber öffentliche Vorladungen zur Ausmittelung solcher Erben zu erlassen; ausgenommen, wenn der Richter vom Dasein näherer oder gleich naher Verwandten gegründete Vermuthungen hat, die, wenn sie es noch nicht wären, sogleich aktenmäßig zu machen sind. In solchem Falle hat der Richter ebenso, wie wenn gar kein bekannter Erbberechtigter vorhanden ist, einen Erbschaftsvertreter zu bestellen, und ist den Ediktalproceß zu eröffnen berechtigt, vorausgesetzt, daß eine besondere Aufforderung an die vermuthlichen Erbberechtigten wegen Unbekanntschaft ihres Namens oder Aufenthalts nicht erlassen werden kann."

§. 138. „Ein Richter — — der jemandem, welcher sich auf die bisher vorgeschriebene Art als den gesetzlichen Erben eines Verstorbenen ausgewiesen hat, den Nachlaß oder etwas dazu Gehöriges ausantwortet — — — ist keinem Anspruche der später sich etwa vorfindenden wahren Erben ausgesetzt, vielmehr müssen letztere in Bezug auf ihn das Geschehene als giltig anerkennen — —."

§. 143. „Hinterläßt ein Verstorbener niemanden, der ihn kraft einer vorhandenen Verfügung auf den Todesfall, oder kraft dieses Gesetzes beerbt: so fällt dessen Nachlaß — vorbehältlich etwa begründeter Rechte anderer auf erblose Güter — dem landesfürstlichen Fiskus anheim, ihn jedoch — auch in Orten und Fällen, wo es bisher noch nicht geschehen ist — inländischen Armenkassen mit besonderer Berücksichtigung des Ortes, wo der Verstorbene zuletzt gelebt, und wenn der Verstorbene zur Zeit des Ablebens der Akademie Jena angehörte, der akademischen Kasse zuzuwenden hat."

§. 145. „Ein Nachlaß kann jedoch nicht eher für erblos angesehen werden, als bis die möglicher Weise vorhandenen unbekannten Erben öffentlich vorgeladen worden sind. Ist indessen der erblose Nachlaß nicht über 50 Thaler an Betrag, so daß er für die unbekannten Erben durch den Ediktalproceß ohnehin großentheils erschöpft werden würde, so ist derselbe ohne vorgängige öffentliche Ladung sofort an den Fiskus, oder an den nach §. 144 Berechtigten abzugeben."

§. 146. „Der Fiskus resp. die Armenkasse ist in jedem Falle, wo sich in der Folge, jedoch vor Ablauf der Verjährungszeit Erbberechtigte melden, schuldig, den empfangenen Nachlaßbetrag an diese nach den vom Besitzer in gutem Glauben geltenden Grundsätzen, jedenfalls aber ohne Zinsen oder sonstigen Abwurf bis zur Zeit der Anmeldung herauszugeben."

Die Nachlaßbehörde faßt nach §. 136 cit. auf dem Grunde der erbrachten Legitimation lediglich Beschluß über die Ausantwortung der Verlassenschaft an den Nächstberechtigten, sei es nach vorgängiger Ediktalladung oder ohne eine solche. Die Ausantwortung aber begründet nach §. 143. 146 cit. nur einen Besitzstand.

Digitized by Google

Entscheidungen praktischer Rechtsfälle.

Mitgetheilt vom Herrn Appellationsgerichtsrath Bretschneider in Gotha.

(Forts. von S. 303 Bd. XI d. Bl.)

19. Über Restitution überhaupt und namentlich der Gemeinden.

Bei dem Kreisgericht G. klagten die Herren v. W. gegen die Gemeinde O. dahin, daß ihnen die ausschließliche Gerechtigkeit zustehe, auf allen zur Flur O. gehörigen Grundstücken die Schäfereigerechtigkeit mit 1800 Schafen, ohne die Mehrung, auszuüben, auch den Pferch auf diese Grundstücke zu schlagen. Durch rechtskräftiges Erkenntnis des OAGerichts Jena wurde unter Abänderung der conformen Bescheide des Kreisgerichts und Appellationsgerichts G. zu Gunsten der Kläger dahin erkannt, daß ihnen das ausschließliche Recht zustehe, die Schäfereigerechtigkeit auf den zur O.schen Flur gehörigen Grundstücken auszuüben und sich auch des Pferchschlags in dieser Flur zu gebrauchen, daß daher die verklagte Gemeinde und deren Nachbarn sich bei einer Geldstrafe von 20 Thlr. jeder Störung dieses Rechts durch Mittrift mittelst Austreibens einer eignen Schafheerde, so wie des Pferchschlags zu enthalten habe.

In den Gründen dieses OAGErkenntnisses wurde ausgeführt, daß es bei Entscheidung des Processes wesentlich auf die Bestimmung der Landesordnung von 1653 ankomme, welche in Pars II tit. 21 alin. 4 ausdrücklich besage:

> Welchen Unterthanen keine Schafe zu halten hergebracht, sollen sich auch dieselben fürder zu halten nicht anmaßen.

Nach dieser Vorschrift sei es Sache der verklagten Gemeinde gewesen, bestimmt zu behaupten und zu beweisen, daß ihre Mitglieder, soweit dieselben überhaupt nach alin. 1 tit. 21 der Landesordnung Schafe halten durften, dergleichen auch im Jahre 1653 wirklich gehalten und in einer Heerde vereinigt, durch einen eignen Schäfer innerhalb der Flur von O. zur Weide getrieben hätten, oder aber etwa späterhin durch einen mit den Besitzern der Rittergüter abgeschlossenen Vertrag oder auch durch Verjährung das Recht der Mittrift für ihre Schafe erlangt und ungestört ausgeübt hätten. Eine solche bestimmte Behauptung sei aber weder in der Einredeschrift noch in dem unternommenen Gegenbeweis zu finden.

Die Gemeinde O. hat gegen dies Erkenntnis Restitution nachgesucht und zwar theils auf Grund der den Gemeinden gleich den Minderjährigen in dieser Beziehung zustehenden Begünstigung, theils auf Grund

Digitized by Google

der Nachlässigkeit ihres früheren Anwalts, der die Einrede eines im Jahre 1670 geschlossenen Kaufs der Schäfereigerechtigkeit nicht rechtzeitig gestellt habe, theils endlich auf Grund neu aufgefundener Urkunden, durch welche nachgewiesen werden könne, daß die Gemeinde bereits vor 1653 die streitige Schäfereigerechtigkeit besessen habe.

Das Kreisgericht G. erkannte hierauf, daß die Gemeinde O. bezüglich ihrer Einrede, daß sie bereits zur Zeit der Emanation der Landesordnung Schafe zu halten hergebracht, oder nach der Zeit eine Schäfereigerechtigkeit erworben habe, in den vorigen Stand wieder einzusetzen sei u. s. w. und verwarf dabei einen Antrag der Restitutionsbeklagten auf Ableistung des Calumnieneids seitens der Gemeinde O.

Das Appellationsgericht G. bestätigte dieses Erkenntnis und führte dabei aus: Von den Gemeinden, welche gleich den Minderjährigen ihre Angelegenheiten nur durch Stellvertreter besorgen lassen könnten, sollten Nachtheile, welche sie durch Handlungen ihrer Vertreter erlitten, abgewendet werden und es werde ihnen deshalb gegen Handlungen ihrer Vertreter im Proceß supp. supp. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt. Dieses privilegium der Gemeinde O. bilde auch in gegenwärtiger Sache die causa restitutionis, so daß es der Anführung andrer Gründe nicht bedürfe, wie auch schon vom Kreisgericht mit Recht auf die anderen Restitutionsgründe (Versehen des Anwalts und Auffindung neuer Dokumente) weiter keine Rücksicht genommen worden sei. Restitution werde aber nicht bloß gegen ein positives Handeln, sondern auch wegen Unterlassung von Handlungen, welche zur Wahrung von Rechten dienen, gewährt. Um eine solche Unterlassung, versäumtes Vorbringen einer Einrede, handle es sich gerade hier. Die Erheblichkeit der Einrede und die Läsion, welche die Gemeinde O. durch das Nichtvorbringen derselben erlitten, ergebe sich aus dem in der Restitutionsklage angeführten Bescheid des OAG., welcher der Gemeinde den Schafaustrieb und den Pferchschlag in ihrer Flur untersage und sich auf die schon im Eingang erwähnten Gründe stütze. Es lägen daher die gesetzlichen Requisite für Zulassung der Restitution vor. Von einer Verjährung der Klage könne nicht die Rede sein. Das Quadriennium, mit dessen Ablauf die Restitutionsklage als verjährt zu betrachten sein würde, sei von Zeit der Läsion an zu berechnen. Diese Läsion sei, wie auch das Kreisgericht annehme, mit Publication des Oberappellationserkenntnisses eingetreten und die Restitutionsklage vier Monate nach dieser Publication erhoben. Der Antrag, der Gemeinde die Ableistung des Gefährdeeides aufzulegen, sei mit Rücksicht auf S. 80 der POrdn. vom Kreisgericht mit Recht verworfen, da aus den oben angeführten Gründen der Verdacht, daß die Gemeinde resp. deren Vertreter die Restitu-

Digitized by Google

tionsklage zum „vorsätzlichen Verzug der Sache" erhoben, durchaus ungerechtfertigt erscheine.

Auf eingewendete Oberappellation bestätigte die Juristenfacultät zu Halle, an welche auf Antrag der Gemeinde O. die Akten zur Einholung des OAErkenntnisses versendet wurden, den Bescheid zweiter Instanz lediglich. Aus den Gründen dieses Erkenntnisses ist Folgendes hervorzuheben:

„Es ist allerdings richtig, daß der Restitutionskläger, der sich über Verletzung beschwert, zwar nicht sofort sein Recht in der Hauptsache nachweisen muß, daß aber der Richter, sei es aus den Akten oder nach vorhergegangener Bescheinigung seitens des Imploranten, die Überzeugung gewinnen müsse, daß durch die erbetene Restitution die Lage des Imploranten in Bezug auf den Hauptproceß verbessert werde. Allerdings ist eine völlige Gewißheit darüber, daß die Restitutionsklägerin mit denjenigen Einreden, welche sie jetzt nachträglich vorschützen und beweisen will, wirklich durchdringe und daß dann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das rechtskräftige Erkenntnis selbst ertheilt werden kann — während jetzt nur das Vorverfahren über die Wiedereinsetzung schwebt —, nicht vorhanden. Allein eine solche Gewißheit kann sich für den Richter auch nur nach völlig beendetem Beweisverfahren bilden, in dem Stadium hingegen, in welchem sich gegenwärtig die Restitutionsklage befindet, genügt es, daß aus den in der Klage namhaft gemachten Thatsachen und Urkunden wenigstens soviel hervorgeht, daß die Lage der Restitutionsklägerin durch die nachträgliche Zulassung der fraglichen Einreden und Beweise erheblich verbessert werden kann. Es muß auch den in der Sache bereits ergangenen Entscheidungen darin beigestimmt werden, daß zur Restitution die Verbindung der bloßen Läsion mit dem, der Gemeinde zustehenden Privilegium der Minderjährigen allein schon genügt: Kind, quaest. forens. ed. 2. III Nr. 99. Heimbach, in Weiske's Rechtslexikon IX 373. 374; daß es mithin eines besonderen Eingehens auf die noch angeführten speciellen Restitutionsgründe (Entdeckung neuer Dokumente, Versehen des Advokaten), nicht weiter ankommt, wobei übrigens noch hervorzuheben ist, daß auch bei der Restitution wegen Entdeckung neuer Urkunden die Minderjährigen und die ihnen Gleichstehenden von dem jusjurandum novorum in der Regel frei sind. Heimbach, sächs. Proceß I S. 296.

„Die Einreden der Verjährung anlangend, so ist zwar richtig, daß das Quadriennium vom Moment der geschehenen Läsion an läuft, c. 1 in VI^to. I, 11. Clem. unic. I, 11. Allein es handelt sich hier nicht um eine Restitution gegen eine versäumte Proceßhandlung, sondern um Restitution gegen ein rechtskräftiges Erkenntnis wegen Läsion. Der angebotene Einredebeweis hat im Grunde nur den Zweck, den Nachweis der behaupteten Läsion zu führen, auf Grund deren die Wiedereinsetzung gegen das Erkenntnis selbst ertheilt werden solle. Mithin läuft die Frist zur Restitution erst vom Tage der Publikation dieses Erkenntnisses."

20. Ein in einer Civilsache aufgenommenes Protokoll ist um deswillen, weil es den Parteien nicht vorge-

Digitized by Google

lesen und von ihnen nicht unterschrieben ist, nicht ungiltig.

Das Pat. 10 der Gothaischen Gesetzsammlung enthält im §. 13 die Bestimmung: „In den Terminen sind die Protokolle in Gegenwart der vernommenen Personen zu führen, solche denselben auch vor ihrer Entlassung zur Genehmigung vorzulesen, und, wie solches geschehen, jedesmal am Schlusse des Protokolls zu bemerken. Enthalten diese Protokolle wesentliche Bestimmungen, z. B. Zugeständnisse der Parteien, zustandegekommene Vergleiche, Zeugenaussagen u. s. w., so sind solche von den Vernommenen mit zu unterschreiben, und ist, im Falle sie sich der Unterschrift weigern, am Schlusse des Protokolls der Grund ihrer Weigerung zu bemerken."

Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat im Gothaischen wiederholt dazu Veranlassung gegeben, daß solche Protokolle als nichtig angefochten worden sind. Das Herzogl. Appellationsgericht zu Gotha hat jedoch in wiederholten Entscheidungen erkannt, daß ein Verstoß gegen die fragliche Vorschrift an sich noch keine Nichtigkeit des Protokolls involvire.

Auf eine gegen eine solche Entscheidung erhobene Nichtigkeitsklage hat sich das OAGericht zu Jena laut Erkenntnis vom 31. Decbr. 1863 zu Nr. 369 Civ. folgendermaßen ausgesprochen:

„Die Nichtigkeitsklage ist als unbegründet zu verwerfen. Sie stützt sich darauf, daß das Protokoll vom 19. Mai 1863, in welchem Geständnisse der Querulantin enthalten, der Vorschrift des Pat. 10 §. 13 nicht entspreche, namentlich nicht unterschrieben sei. Ist nun letzteres auch richtig, so können deshalb doch jenes Protokoll und die darauf gegründeten Erkenntnisse erster und zweiter Instanz, nicht als nichtig angesehen werden. Denn, wie aus den Eingangsworten des angeführten Patents und aus der Fassung der betreffenden Vorschrift selbst hervorgeht, hat damit nicht eine absolut wesentliche Form der Protokolle angeordnet werden sollen, so daß deren Nichtbeobachtung die Ungiltigkeit und Nichtigkeit des Protokolls zur Folge haben sollte, vielmehr ist dadurch den gerichtlichen Unterbehörden nur eine Instruktion ertheilt worden, wie sie sich bei der Aufnahme von gerichtlichen Protokollen zu verhalten haben, wie die Protokolle einzurichten und was dabei zu beobachten sei, ohne dabei zugleich an die Nichtbeobachtung der gegebenen Vorschriften bestimmte Folgen in Beziehung auf die Giltigkeit und Beweisfähigkeit der gerichtlichen Niederschrift selbst zu knüpfen. Allerdings mag jenen Vorschriften zugleich die Absicht zu Grunde liegen, dadurch noch größere Sicherheit für die Richtigkeit der protokollarischen Niederschriften zu gewinnen und damit deren Glaubwürdigkeit möglichst zu erhöhen; allein zu diesem Behufe wurden den Unterbehörden eben bestimmte Verhaltungsmaßregeln gegeben, nicht aber ist damit ausgesprochen worden, daß die vollständige Beobachtung jener Vorschriften als Bedingung der Glaubwürdigkeit der gerichtlichen Protokolle überhaupt anzusehen und deren Giltigkeit und Beweisfähigkeit von der Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als abhängig zu betrachten sein solle.

Digitized by Google

Es kann dies um so weniger einigem Zweifel unterliegen, als der angezogene §. 13 des Pat. 10 durch das höchste Rescript vom 10. Januar 1833 in der obigen Weise aufgefaßt und erläutert worden ist. — Hiernach läßt sich nicht annehmen, daß dadurch, daß die Unterzeichnung des betreffenden Protokolls durch die Parteien unterblieben, oder daß die Vorlesung desselben unterlassen resp. die geschehene Vorlesung nicht ausdrücklich bemerkt worden ist u. s. f., gegen wesentliche Stücke des Processes verstoßen worden sei." — —

21. Kann der Fiscus zu Verzugszinsen verurtheilt werden?

Über diese Frage sprach sich das AGericht zu Gotha dahin aus, daß, was die von Zeit behändigter Ladung an laufenden Proceßzinsen anlange, nach der völligen Gleichstellung der Parteien, welcher sich nach heutigem Proceßrecht auch der Fiscus zu fügen habe und nach den in dieser Beziehung ausnahmslosen Vorschriften der Proceßordnung und der damit harmonirenden Praxis, der Fiscus eine Befreiung von denselben nicht ansprechen könne.

Das OAGericht zu Jena trat dieser Ansicht lediglich bei. Erk. von 1864 ad Nr. 393 Civ.

Über den eigenen Wechsel in Form einer Tratte ohne distantia loci nach Artt. 6 und 96 d. A. D. Wechselordnung *).

Vom Herausgeber.

Die vorbemerkte Frage ist seit einigen Jahren mehrmals Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten geworden und hat eine verschiedene Beantwortung erfahren, welche deshalb von praktischer Wichtigkeit für den Handelsverkehr geworden ist.

In einer solchen Rechtssache der Gebrüder M. zu G. gegen den Webermeister R. daselbst hat die Juristenfacultät zu Jena in einem Urtheile vom Monat November 1861 die rechtliche Giltigkeit der trassirt eigenen Wechsel ohne distantia loci angenommen und das OAGericht zu Jena mittels Bescheids vom 5. April 1862 (Nr. 90 Civ.) dieses Urtheil bestätigt. In den hiefür geltend gemachten Gründen wurde Folgendes ausgeführt:

„Die fragliche Urkunde ist in Trattenform concipirt. Sie enthält den Namen C. D. St... als Aussteller, Bezogenen und Acceptanten, und es ist zugestanden, daß darunter auch wirklich eine und dieselbe Person zu verstehen sei. In der Adresse steht unter dem Namen des Bezogenen: Greiz im Voigtland, und dieselbe Ortsbezeichnung findet sich im Datum. Außerdem ist der

*) Vgl. hierüber Goldschmidt's Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. VII S. 387 ff.

Digitized by Google

Ausstellungs- sowie der Zahlungstag, die Wechselsumme, der Remittent genannt und die Urkunde bezeichnet sich als Wechsel. Es kann also, da die übrigen Requisite des gezogenen bezüglich des eigenen Wechsels vorhanden sind, nur zweifelhaft sein, ob der Umstand, daß der Aussteller und der Bezogene dieselbe Person und gleichwohl der Zahlungs- und Ausstellungsort nicht verschieden sind, der Rechtsbeständigkeit des Wechsels Eintrag thue oder nicht.

„Die Allg. Deutsche Wechselordnung sagt im Art. 6 Abs. 2: „„Desgleichen kann der Aussteller sich selbst als Bezogenen (Art. 4 Nr. 7) bezeichnen, sofern die Zahlung an einem andern Orte als dem der Ausstellung geschehen soll (trattirte eigene Wechsel).““

„Hiernach ist unzweifelhaft, daß ein Wechsel, in welchem die sog. distantia loci nicht vorhanden ist, nicht als Tratte anerkannt ist. Etwas weiteres folgt aber aus der angeführten Bestimmung nicht, da dieselbe nicht nur unter der Rubrik „„Erfordernisse eines gezogenen Wechsels““ enthalten ist, sondern sich ausdrücklich an Art. 4 Nr. 5 anschließt, welcher Artikel „„die wesentlichen Erfordernisse eines gezogenen Wechsels““ bestimmt. Um also die Bedeutung zu bestimmen, welche eine die sonstigen Requisiten eines Wechsels enthaltende Urkunde dann hat, wenn der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnet, ohne einen von dem Ausstellungsorte verschiedenen Zahlungsort zu benennen, muß man untersuchen, ob eine derartige Urkunde, abgesehen von dem erwähnten Rechtssatze, als Tratte oder als eigener Wechsel aufzufassen ist.

„Über die Wortfassung, in welcher die Wechselerklärungen abzugeben sind, enthält die Wechselordnung weder da, wo sie die Erfordernisse der Tratte aufzählt (Art. 4), noch wo die Form des eigenen Wechsels behandelt wird (Art. 96), Bestimmungen. Man muß also auf den aus den einzelnen Rechtssätzen sich ergebenden Begriff der Tratte und des eigenen Wechsels recurriren.

„Der Begriff der Tratte ist nun der eines mit einer Anweisung verbundenen, dem Assignatar (Remittenten) gegebenen Wechselversprechens für den Fall, daß der Assignat (Trassat) nicht zahle. Der eigene Wechsel dagegen besteht in einem pure gegebenen Wechselversprechen. Die Assignation ist aber aufzulösen in ein Zahlungsmandat und ein Einkassirungsmandat, d. h. der Wille, daß ein anderer einem Dritten zahle, wird sowohl diesem (dem Assignatar) als jenem (dem Assignaten) gegenüber ausgesprochen. Damit nun aber eine Erklärung rechtliche Wirksamkeit habe, ist erforderlich, daß derjenige, welchem sie gegeben wurde, eine von dem Erklärenden verschiedene Person sei, indem eine sich selbst gegenüber gegebene Erklärung keine rechtliche Bedeutung haben kann. Bezeichnet sich daher unter der äußeren Form einer Assignation der Assignant auch selbst als Assignaten, so ist allerdings ein Zahlungsmandat nicht vorhanden. Es wird aber dadurch nicht aufgehoben, daß dem Assignatar gegenüber die Erklärung abgegeben worden ist, daß er die Zahlung von dem Assignaten erhalten solle. Wenn der Assignat erklärt, daß er wolle, daß der Assignat, d. h. er selbst, dem Assignatar zahle, so sind alle Momente eines Zahlungsversprechens an diesen vorhanden. „„Ich erkläre Dir, daß ich will, daß ich Dir zahle,““ heißt nothwendiger Weise: „„ich verspreche Dir zu zahlen.““ Thöl, das Handelsrecht Bd. II §. 275 Nr. 1 Not. 2. Einert, im Archiv für Wechselrecht Bd. II S. 205. Wenn nun aber hiernach eine einfache Assignation, in welcher der als Assignat Bezeichnete der Assignant ist, ein pures Zahlungsversprechen enthält, so kann

Digitized by Google

daran durch den Umstand, daß eine solche Anweisung in Wechselform ausgestellt wird, nichts verändert werden. Das führt aber zu der Consequenz, daß eine unter der Form einer Tratte ausgestellte Urkunde, in welcher der Trassant sich selbst als Trassat bezeichnet, wenn nur die legalen Requisite des eigenen Wechsels sonst vorhanden sind, unter den Begriff des eigenen Wechsels subsumirt werden muß. Dabei ersetzt die formale in der Wechselform liegende causa die materielle causa debendi, so daß das unterliegende Verhältniß ganz außer Frage bleibt.

„Man könnte gegen diese Argumentation einwenden, daß aus der in einem derartigen Wechsel gebrauchten Ausdrucksweise entnommen werden müßte, daß die Absicht des Ausstellers nicht darauf gegangen sei, einen eigenen Wechsel auszustellen, Renaud, Lehrbuch des Wechselrechts §. 42 Not. 6, und daß derselbe daher auch gegen den Willen des Ausstellers ebenso wenig als eigener Wechsel aufrecht zu erhalten sei, als eine formell ungiltige Stipulation als pactum behandelt werden könne. Diese Argumentation ist aber deswegen unrichtig, weil der Aussteller, wenn er glaubte, eine Tratte auszustellen, doch auf jeden Fall die Absicht hatte, ein Wechselversprechen zu leisten. Wenn nun auch das in der Tratte liegende Wechselversprechen von dem den eigenen Wechsel bildenden an sich verschieden ist, so beseitigte der Aussteller selbst diesen Unterschied dadurch, daß er sich als Trassanten bezeichnete. Er konnte daher gar kein anderes Wechselversprechen zu leisten beabsichtigen, als dasjenige ist, welches in der von ihm ausgestellten Urkunde wirklich enthalten ist. Sein Irrthum konnte sich also nur auf die Bezeichnung beziehen, welche das Wechselrecht derjenigen Kategorie gibt, unter welche das von ihm seiner Absicht gemäß gegebene Wechselversprechen gehört, was ein rechtlich indifferenter Irrthum wäre.

„Ebenso wenig gerechtfertigt ist der Einwand, daß, wer ein pures Wechselversprechen leisten will, dazu die einfache Form des eigenen Wechsels habe und deswegen nicht zu diesem Spiele mit der Form zu greifen brauche, bezüglich, daß das Recht ein solches Spiel nicht anzuerkennen habe. Liebe, die Allg. Deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erklärungen S. 53.

„Hiergegen ist einzuwenden, daß es durch keinen Rechtssatz geboten ist, sich zur Erreichung eines rechtlichen Zwecks der einfachen Form zu bedienen. Ortloff, die Allg. Deutsche Wechselordnung mit Erläuterungen zu Art. 6.

„Es erklärt sich aber auch der Gebrauch der complicirteren Form dadurch, daß eigene Wechsel im Verkehr weniger beliebt sind, daß deswegen die Formulare für Tratten viel häufiger vorkommen, und daß man an die Bezeichnung des Trassanten als Trassaten dadurch gewöhnt ist, daß derartige Wechsel, sobald auf ihnen ein vom Ausstellungsorte verschiedener Zahlungsort bemerkt ist, eine besondere Behandlung nach Art der Tratten erfahren."

Dieselbe Streitfrage entstand in der späteren Rechtssache des O. gegen F. zu G., wurde aber hier schließlich in entgegengesetzter Weise entschieden.

Der Fabrikant Julius F. zu G. hatte zwei Wechsel in der unten ersichtlichen Form ausgestellt*).

*) I.

„Thlr. 200 Crt. im 14 Thlr. Fuße.

Digitized by Google

Den unter I angegebenen von dem Aussteller Julius F. an O. zu P. indossirten Wechsel hatte O. in Umlauf gesetzt, derselbe war aber zur Verfallzeit laut Notariatsurkunde vom 4. November 1861 wegen Mangels Zahlung protestirt worden und an O. zu P. zurückgelangt.

Den Wechsel unter II hatte O. zur Verfallzeit dem Aussteller Julius F. zur Einlösung präsentirt, derselbe aber Zahlung nicht geleistet.

O. erhob dieserhalb am 23. April 1863 Wechselklage gegen Julius F. und bemerkte in derselben, daß auf beide Wechselforderungen nur 14 Thlr. 10 Sgr. durch den Beklagten abschläglich gedeckt seien ꝛc.

Der Beklagte bestritt die Giltigkeit beider Wechsel, weil sie ihrer Form nach trassirte seien, bei diesen aber der Aussteller und der Bezogene eine Person nur dann sein könnten, wenn ein anderer Zahlungsort als der Wohnort des Ausstellers benannt sei, wogegen in den vorliegenden Wechseln Wohnort des Ausstellers und Zahlungsort einer und derselbe sei. Das Gericht 1. Instanz wies aus diesem Grunde die Klage ab, auf dagegen eingewendete Appellation und eingetretene Aktenversendung erkannte aber die Juristenfacultät zu Erlangen im August 1865 reformatorisch und verurtheilte den Beklagten der Klagbitte gemäß mit Beifügung folgender Gründe:

„ꝛc. Es wird sich daher nur fragen, ob die wesentlichen Erfordernisse des eignen Wechsels den beiden Wechseldocumenten inne wohnen? Was in dieser Hinsicht im Art. 96 der Allg. Deutschen Wechselordnung bestimmt ist, findet sich in den kritischen Urkunden vor. Was namentlich das sub 3 gestellte Erfordernis: „„der Name der Person oder die Firma, an welche oder an deren Ordre der Aussteller Zahlung leisten will"" anbelangt, so muß auch dieses als hier genügend erfüllt gelten.

„Die Wechselordnung schreibt durchaus keine bestimmte Wortform vor, in welcher der Aussteller die Übernahme seiner Zahlungspflicht auszudrücken

---

„G.... den 15. September 1859.

„Ultimo October 1861 zahlen Sie gegen diesen Prima-Wechsel an die Ordre des Herrn J. H. Opitz die Summa von zweihundert Thaler Crt. im 14 Thlr. Fuße, den Werth in Rechnung laut Bericht.

„Julius F...."

„Herrn Julius F....

„in

„G...."

II.

„Thlr. 200 Crt. im 14 Thlr. Fuße.

„G.... den 15. September 1859. Ultimo Mai 1862 zahlen Sie gegen diesen Prima-Wechsel an die Ordre des Herrn J. H. Opitz die Summa von zweihundert Thaler Crt. im 14 Thlr. Fuße. Den Werth in Rechnung laut Bericht.

„Julius F...."

„G.... den 15. September 1859.

„Herrn Julius F....

„in G..."

Digitized by Google

hat. Jede Redewendung, aus welcher hervorgeht, daß er sich durch sie zur Zahlung verpflichten will, muß vollkommen genügen. Auch an andern Stellen der Wechselordnung wird ein solcher Spielraum für die Ausdrucksweise gelassen, indem sie eine Ausdrucksform voranstellt, aber „„gleichbedeutenden Ausdrücken““ dieselbe Rechtskraft zuerkennt, z. B. Art. 9. 14. 15. 17.

„Daß sie weit davon entfernt ist, überall eine förmliche und bestimmte Redewendung als den einzigen legitimen Ausdruck des Willens zu fordern, lehrt unter anderm auch der Art. 21, wonach die bloße Namensschrift des Bezogenen der Erklärung, daß er acceptire, gleichgeachtet wird. Somit ist die Form der Aussprache an sich selber, wie sie in Analogie der Trattenform in den vorliegenden Wechseln gewählt ist, der gewöhnlichen Ausdrucksweise: „„Gegen diesen Wechsel zahle ich““ völlig gleich zu achten.

„Die auf diesen Punkt sich beziehenden Ausführungen bei Thöl, Handelsrecht Bd. IV §. 275, sind auch noch nach Erlassung der deutschen Wechselordnung vollständig entscheidend, und durch keine der dagegen geltend gemachten Bedenken entkräftet worden.

„Daß danach für das Zahlungsversprechen im eignen Wechsel auch eine Ausdrucksweise gewählt werden kann, wie sie bei der eigentlichen Tratte vorkommt, ist für das deutsche Handelsleben um so weniger ein Gegengrund gegen die obgedachte Auffassung, als ja das im Art. 6 aufgestellte Requisit der distantia loci den trassirteignen Wechsel in der theilweise gleichen Form deutlich unterscheidet.

„Will es nun auch scheinen, als ob die hier vertretene Rechtsauffassung eine vollkommen begründete, sowohl mit dem betreffenden Gesetze, als den allgemeinen Rechtsprincipien im Einklange stehende sei, so macht es doch der Umstand, daß die von dem Unterrichter zur Geltung gebrachte entgegenstehende Meinung von der Mehrzahl der Commentatoren der Wechselordnung angenommen und bald ausführlicher, bald kürzer begründet wird, sowie auch die Wahrscheinlichkeit, daß ein bekanntes Präjudiz über die uns unterbreitete Streitfrage noch nicht vorhanden ist, wünschenswerth, auf die Haupteinwände, welche für die entgegengesetzte Meinung vorgebracht sind, in aller Kürze hinzuweisen.

„Wie schon anfangs hervorgehoben worden ist, haben sich keine Stimmen vernehmen lassen, welche in der Wechselordnung einem Documente, wie die unterstellten, jegliche Wechselkraft ausdrücklich abgesprochen finden. Wohl aber wollen mehrere Schriftsteller in der Bestimmung des Art. 6 alin. 2: „„Desgleichen kann sich auch der Aussteller selbst als Bezogenen bezeichnen, sofern die Zahlung an einem andern Orte als dem der Ausstellung geschehen soll““, die stillschweigende Erklärung finden, daß Wechselurkunden, in welchen der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnet, nur wenn sie jene weitere Bedingung erfüllen, überhaupt als Wechsel gelten sollen und ohne jenes Requisit jeder Wechselkraft entbehren. Abgesehen davon, daß die Ausdrucksweise des Passus eine höchst unpassende wäre, wenn sie ein solches absolutes Verbot enthalten sollte, ist gegen diese Argumentation entscheidend, daß der Gesetzgeber an dieser Stelle ausschließlich von der Tratte handelt. Die Erfordernisse und Rechtsverhältnisse bei dem gezogenen Wechsel werden ausschließlich in dem zweiten Abschnitte der Wechselordnung, zu welchem auch Art. 6 gehört, normirt, in diesem Artikel befindet sich außerdem noch ein anderes Alinea, welches unter allen Umständen nur mit dem gezogenen Wech-

Digitized by Google

sel in Beziehung gebracht werden kann, da ein eigner Wechsel an eigne Ordre wegen Identität von Gläubigern und Schuldnern juristisch undenkbar ist. Bei dieser Stellung des Art. 6 ist es die sich als die natürlich ergebende Erklärung desselben, daß er, nachdem im Art. 4 die gewöhnliche Tratte behandelt worden, als die beiden außerdem als Tratten zu behandelnden Formen des gezogenen Wechsels, den Wechsel an eigne Ordre und den an einem andern Orte zahlbar gemachten, auf den Aussteller selbst gezogenen Wechsel hinzufügt. Die Frage dagegen, ob ein als Wechsel sich bezeichnendes Document, welches ohne distantia loci den Aussteller und Bezogenen als eine Person erkennen läßt, also virtuell ein eigner Wechsel ist, Wechselkraft hat oder nicht, ist im Art. 6 in keiner Weise entschieden. An dieser Stelle der Wechselordnung wäre eine Äußerung darüber auch gar nicht am Platze gewesen, da eine solche Bestimmung entweder in dem Abschnitte, der von den Erfordernissen des eigenen Wechsels redet, oder in allgemeinen, die Wechselkraft überhaupt betreffenden Aufstellungen ihren natürlichen Ort gehabt hätte. Um so weniger gerechtfertigt erscheint es, in einem Artikel, der sachgemäß einen Gegenstand auch nicht einmal ausdrücklich berühren konnte, stillschweigende Bestimmungen darüber hinein zu interpretiren. Wollte man fragen, weshalb denn nicht eine ausdrückliche Bestimmung in der Wechselordnung enthalten ist, daß ein in der gedachten Form ohne distantia loci gefaßter Wechsel als eigner Wechsel zu gelten habe, so erklärt sich dieser Umstand einmal daraus, daß der Eigenwechsel nur gleichsam als Appendix in der Wechselordnung behandelt ist, wie er denn auch in der Discussion der Conferenz nur oberflächlich berührt wird. Außerdem ist daran festzuhalten, daß der trassirteigne, wie schon der Name sagt, ein eigner Wechsel mit trattenähnlicher Modification, ein trassirter Eigenwechsel ist, der als eigner Wechsel zu behandeln ist, wo die gesetzliche Modification durch distantia loci nicht vorliegt. Hoffmann in seiner ausführlichen Erläuterung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung S. 210 ff. und Pöschmann im Archiv für Wechselrecht II S. 287 ff., die beiden Schriftsteller, welche die entgegengesetzte Meinung am ausführlichsten vertreten, wollen in der Vorgeschichte der Deutschen Wechselordnung sowie in den Protokollen der Leipziger Wechselconferenz Anhaltspunkte für ihre Ansicht finden, welche das Gesetzbuch nicht bietet. Was zunächst die der Leipziger Wechselconferenz vorausgegangenen Entwürfe und Berathungen betrifft, so läßt sich aus ihnen ein schlagendes Argument gerade für die hier angenommene Rechtsauffassung gewinnen. Bekanntlich wollte die preußische Regierung nur den gezogenen Wechsel (den eigentlichen Wechsel lettre de change des Code de Commerce) zum Gegenstand der Wechselordnung machen. Der trockne Wechsel sollte als Wechsel gar nicht gelten. Aber der Handelsstand verlangte neben der gewöhnlichen Tratte auch noch die Anerkennung anderer Formen und so nahm der preußische Entwurf den trassirteignen Wechsel mit dem Erfordernis der distantia loci auf. Durch die Hinzufügung dieses Erfordernisses sollte verhütet werden, daß sich der eigne Wechsel in der Form des auf sich selbst ziehenden Ausstellers der Intention und dem Wortlaut des Gesetzes entgegen in den Verkehr einschleiche. Durch die Forderung, daß die Zahlung an einem dritten Orte geschehen müsse, glaubte man dem Aussteller von Wechseln bei gewöhnlichen Schuldverhältnissen außerhalb des Handelsstandes ein ausreichendes Hemmnis entgegengeworfen zu haben. Unter der Herrschaft eines so abgefaßten Gesetzes wären die vorlie-

Digitized by Google

genden Documente allerdings nicht wechselkräftig gewesen, gerade weil sie als eigne Wechsel gelten mußten. Unter dem Regime der Deutschen Wechselordnung dagegen, wo der Eigenwechsel vollberechtigt neben der Tratte anerkannt ist, besteht gar kein Grund mehr, eine solche Wechselurkunde nicht für das, was sie wirklich ist, für einen eignen Wechsel gelten zu lassen, insofern sie die einzelnen Erfordernisse eines solchen aufweist und nicht durch die Domicilirung absichtlich in den trassirteignen Wechsel des Art. 6 der Wechselordnung verwandelt ist.

„Wenn man sich ferner auf die Protokolle der Wechselconferenz berufen hat, um die gegentheilige Ansicht zu stützen, so findet sich über die juristische Qualification eines solchen eignen Wechsels in Trattenform ohne distantia loci eine, wie man höchstens sagen kann, zweideutige Einzeläußerung vor, welche alsbald Widerspruch fand und zu nichts weniger geeignet ist, als zur authentischen Erklärung des Art. 6 oder der ganzen Wechselordnung über diesen Punkt zu dienen. Die Verschiedenheit der ausgesprochenen Ansichten, wonach der sogenannte trassirt eigene Wechsel bald unter allen Umständen als Tratte, bald nur als eigener Wechsel, bald wieder je nach dem Willen des Inhabers oder unter bestimmten Voraussetzungen für beides gelten sollte, eben so die Abstimmungen, wo meist nur mit einer Stimme Majorität eine Entscheidung zu erlangen war, müssen gegen die Herbeiziehung der Conferenzprotokolle als Entscheidungsquelle sehr mistrauisch machen. Die kritische Äußerung des Referenten, daß kein Grund vorhanden sei, den trassirt eigenen Wechsel ohne Domicilirung zuzulassen: Protokoll XXIV in der Mannheimer Ausgabe S. 73 läßt sich im Zusammenhange namentlich mit dem S. 74 daselbst Bemerkten ganz gut so auffassen, daß sie meinte „„als Tratte zuzulassen.““ So heißt es auch bei O. Wachter, Wechsellehre S. 155 ausdrücklich: „„Noch weiter zu gehen, nemlich einen trassirteigenen Wechsel (als Tratte) auch da anzuerkennen, wenn der Trassant auf sich selbst zahlbar an demselben Orte trassirt, wo der Wechsel ausgestellt ist, hielt die Deutsche Wechselordnung nicht für begründet.““ Aber auch wenn diese Einzelmeinung, welche keineswegs die Leipziger Conferenz oder gar die Wechselordnung selbst zu vertreten hat, im gegnerischen Sinne verstanden werden müßte, würde aus ihr lediglich nichts gegen eine Auffassung folgen, welche mit dem deutlichen Ausspruche der Wechselordnung selbst im Einklange steht und nicht künstlich ein stillschweigendes Verbot und eine nicht ausgedrückte Unzulässigkeitserklärung in den Text des Gesetzes hineinzwingen will.

„Daß die hier vertretene Ansicht, wie sie juristisch unanfechtbar ist, auch mit den Bedürfnissen und Gewöhnungen der Lebenskreise, für welche die Wechselordnung hauptsächlich bestimmt ist, und auf welche der sie anwendende Richter bei richtigem Verständnis seines Amtes so weit Rücksicht zu nehmen hat, als es der Wortlaut des Gesetzes nur immer gestattet, im engen Zusammenhange steht, mag der Hinweis darthun, daß sich der Handelsstand durchaus nur der als Tratten gefaßten Wechselformulare zu bedienen pflegt, wenn sich der eine dem andern wechselmäßig verpflichten will. Daraus folgt in keiner Weise, daß der Aussteller immer nur eine Tratte machen, und also da, wo ihre Erfordernisse nicht erfüllt sind, gar nichts Rechtsgiltiges festsetzen wollte.

„Die in den Conferenzprotokollen vorkommende Bemerkung, daß der Zweck einer solchen Urkunde einfacher in der Form eines eigenen Wechsels er-

Digitized by Google

füllt werden könne (a. a. O. Protokoll XXIV), ist von einigen Commentatoren als Grund verwendet worden, da, wo der Gesetzestext eine bestimmte Form nicht ausdrücklich vorschreibt, die rechtliche Ungiltigkeit etwaiger anderer complicirter Ausdrucksformen anzunehmen. Abgesehen von der juristischen Unschlüssigkeit dieser Argumentation ist auch nicht einmal zuzugeben, daß bei dem notorisch allgemeinen Gebrauche der Trattenformulare für den Handelsstand die Ausstellung eines eigenen Wechsels stets das Einfachere, das Bequemere sein würde. Und in Bezug auf den Einwand, daß die Form des reinen Eigenwechsels das Gewöhnliche sei und man nichts anderes daneben aufkommen lassen solle, läßt sich mit den Worten Liebe's Deutsche Wechselordnung S. 236 erwidern: „„Man würde den praktischen Gebrauch nur einengen, wenn man das, was das Gewöhnliche ist, für das rechtlich allein Relevante, für das eigentlich Entscheidende ansehen und danach das Institut beschränken wollte."" Noch ein weiterer Ausdruck, welcher in den Verhandlungen der Leipziger Conferenz gefallen ist, daß ein Wechsel in der gedachten Gestalt ein leeres Spiel mit der Form sein würde, ist vielfältig als Gegengrund verwerthet worden. Allein auch hier wird ganz übersehen, daß eine exclusiv zulässige Form bei Rechtsgeschäften, für deren Nichteinhaltung Rechtsungiltigkeit gedroht wird, im Rechtsverkehr eine seltene Ausnahme ist. Das Gegentheil würde zu einem leeren Formalismus führen. Ein leeres Spiel mit der Form würde allerdings dann vorhanden sein, wenn man Urkunden wie die vorliegenden allseitig als Tratten behandeln würde, z. B. die Grundsätze über Accept, Protestation, Regreß, strenge auf sie anwenden. Dagegen kann sich die angezogene Äußerung eines Conferenzmitgliedes nicht wohl haben verwahren wollen. Die bloße Paraphrasirung der Wendung: „„Ich will zahlen"" durch eine gleichbedeutende Äußerung, während alle sonstigen Erfordernisse der Rechtshandlung auch formell die gewöhnlichen sind, ist gewiß kein solches Spiel, welches de lege ferenda unter Strafe der Nichtigkeit ausgeschlossen werden dürfte. Und darüber kann kein Zweifel obwalten, daß, wenn jene Ausdrucksweise kein wechselrechtliches Zahlungsversprechen enthalten kann, sie überhaupt kein Zahlungsversprechen bedeutet.

Pöschmann (a. a. O.) hat noch auszuführen gesucht, daß die Art und Weise, wie die Deutsche Wechselordnung den domicilirt eigenen Wechsel behandelt, einen Fingerzeig für die Beurtheilung des trassirteignen gebe. Wie die Wechselordnung jenen, der eigentlich doch eine Tratte sei, wegen der Form als Eigenwechsel behandle, so müsse man auch annehmen, daß sie bei dem trassirteignen die Trattenform als das Entscheidende ansehe. Allein gegen dieses Argument ist schon gleich einzuwenden, daß die Allgemeine Wechselordnung ganz ausdrücklich sagt, unter welcher Voraussetzung allein sie einen trassirteignen Wechsel annehmen und als Tratte behandeln will, nemlich bei distantia loci. Nur dann soll die Trattenform als Tratte gelten. Außerdem hat die Behandlung eines domicilirt eigenen Wechsels als Eigenwechsels auch noch einen praktischen Grund. Wenn der Kaufmann die ungewöhnliche Form eines eigenen Wechsels wählt, ist es sicher seine Absicht, einerlei, aus welchem Motiv, einen Eigenwechsel und keine Tratte auszustellen, aber von drm Umgekehrten der Wahl der Trattenform läßt sich, wie schon oben nachgewiesen, durchaus kein gleicher Schluß ziehen."

Gegen dieses Erlanger Urtheil wurde Oberappellation vom Beklagten eingewendet und abermals Aktenversendung verfügt. Die Ju-

Digitized by Google

ristenfacultät zu Heidelberg erkannte darauf im März 1864 reformatorisch auf Abweisung der Klage und führte in den Gründen für die Verneinung der Giltigkeit der trassirteigenen Wechsel Folgendes aus:

„Die beiden in Abschrift sub I und II vorliegenden Urkunden haben die Form trassirteigener Wechsel, indem sie beide einen Zahlungsauftrag des Ausstellers Julius F. an die Adresse „„Herrn Julius F. in Greiz"" enthalten.

„Ergibt sich allerdings aus jenen Documenten selbst die Identität des Trassanten und Trassaten nicht, indem die Adresse nicht „„an mich selbst in Greiz"" lautet, und die Möglichkeit an sich nicht ausgeschlossen ist, daß der Aussteller Julius F. eben daselbst, ungeachtet der Gleichheit des Namens, zwei verschiedene Personen sein könnten, so ist doch die Identität des Ausstellers und des Adressaten Falk nicht bestritten, vielmehr überall in den vorliegenden Proceßverhandlungen von den Parteien unterstellt worden, und vermag es demnach keinem Zweifel zu unterliegen, daß es sich hier um eigengezogenen Wechsel handelt. Renaud, Wechselr. (II. Auflage) §. 42 Not. 5. In Ansehung solcher Wechsel bestimmt aber die Deutsche Wechselordnung Art. 6 Abs. 2 (s. oben S. 158), indem sie mit andern Worten den trassirteigenen „„Wechsel"" nur als Distancewechsel gestattet.

„Die in Frage stehenden Urkunden sub I und II sind aber, obwohl sie die Form trassirteigener Wechsel an sich tragen, in der That als Platztratten ausgestellt, da sie das Wechseldatum „„Greiz den 15. Septbr. 1859"" führen und an die Adresse „„Herrn Julius F. in G."" gezogen sind.

„Unterliegt es hiernach keinem Zweifel, daß jene Documente als trassirt „„eigene Wechsel"" im Sinne der Deutschen Wechselordnung nicht zu betrachten, so hat dagegen dieses Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung darüber gegeben, wie Papiere zu behandeln sind, welche die Form eigengezogener Platztratten haben. Daher entsteht nun die Frage, ob dieselben, wie mit dem Beklagten und Oberappellanten das Erkenntnis erster Instanz angenommen, überhaupt keine Wechsel oder ob sie nicht vielmehr als eigene Wechsel anzusehen, wie Kläger und Oberappellat will und auch die sententia a qua in ihren Entscheidungsgründen ausführt.

„Wie in der Theorie die Frage bestritten, ob ein als Platztratte ausgestellter eigengezogener Wechsel als eigener Wechsel zu behandeln, oder ob nicht vielmehr eine solche Urkunde gar kein Wechsel ist, Renaud, Wechselrecht §. 42 Not. 6, so gehen nicht weniger die Urtheile deutscher Gerichte, welche sich in dieser Hinsicht ausgesprochen, aus einander."

Es wird dies durch Bezugnahme auf verschiedene Erkenntnisse — neben den oben bereits erwähnten der hiesigen Juristenfacultät und des hiesigen OAGerichts — weiter auf ein dergleichen des Berliner Obertribunals vom 6. Nov. 1862, ferner des Obergerichts zu Hamburg vom 17. Nov. 1862 und des Obertribunals in Stuttgart vom 21. Nov. 1861 (Borchardt, die Allg. Deutsche Wechselordnung 3. Aufl. S. 382. — Kletke, Rechtsf. ꝛc. 1861 S. 24 Nr. 74) näher ausgeführt und sodann weiter bemerkt:

Digitized by Google

„Indem es nun zum Zwecke der Entscheidung der vorliegenden Streitfrage angemessen sein dürfte, zunächst abgesehen von der Deutschen Wechselordnung auf das Wesen des trassirteigenen Wechsels einzugehen, sind zu diesem Behufe die Hauptformen zu unterscheiden, in welchen der Wechselverkehr sich bewegt, beziehungsweise die zwei Hauptarten von Urkunden, die gezogenen und die eigenen Wechselbriefe, durch die derselbe vermittelt wird.

„Durch die Ausstellung eines eigenen Wechselbriefs und dessen Begebung verspricht der Aussteller direct und unmittelbar die Wechselsumme an den Wechselnehmer oder an dessen Ordre zu bezahlen; ein Versprechen, dessen Inhalt in der gewöhnlichen Fassung derartiger Urkunden „„Gegen diesen meinen Wechsel zahle ich ꝛc."" einen entsprechenden Ausdruck enthält. Durch die Ausstellung und Begebung einer Tratte dagegen verspricht der Trassant die Leistung eines Dritten, die Zahlung der Wechselsumme durch den Bezogenen, indem er sich für den Fall, daß die Zahlung trassirtermaßen nicht geschehen sollte, zur Leistung des Interesses verpflichtet. Der Trassant verspricht also anders wie der Aussteller des eigenen Wechsels nicht die Wechselsumme, sondern die Regreßsumme, und diese auch nur eventuell, nemlich für den Fall, daß Trassat nicht trassirtermaßen die Wechselsumme zahlen sollte.

„Dieser Bedeutung des gezogenen Wechselversprechens entspricht dann auch die Fassung des trassirten Wechselbriefs, wenn dieser nemlich einen Zahlungsauftrag des Ausstellers an den Bezogenen enthält, einen Auftrag, durch welchen das auf die Leistung dieses letzteren gerichtete Versprechen jenes seiner Verwirklichung entgegen geführt werden soll.

„Dieser begriffliche Unterschied zwischen dem eigenen und dem gezogenen Wechselversprechen äußert sich dann auch in einer Reihe praktischer Consequenzen.

„Insbesondere bedarf die Wechselklage gegen den Aussteller des eigenen Wechsels der Regel nach weder zu ihrer Begründung noch auch zu ihrer Erhaltung einer wechselmäßigen Solennität, sowie sie auch gegen jenen ohne vorgängige Vorweisung des Wechsels mit dem Verhalten der Wechselsumme angestellt werden kann. Renaud, Lehrbuch des Wechselrechts §. 80.

„Dagegen ist die Klage gegen den Trassanten, die Regreßklage, erst dann begründet, wenn der Wechsel dem Bezogenen erfolglos zur Zahlung präsentirt und Mangels Zahlung protestirt worden ist, sowie auch die Tratte gegenüber dem Aussteller präjudicirt ist, wenn die Präsentation zur Zahlung und die Protesterhebung Mangels Zahlung nicht rechtzeitig geschehen ist.

„Mit diesen Unterschieden zwischen den eigenen und den gezogenen Wechseln hängen auch die verschiedenen Grundsätze über Wechselverjährung zusammen, die bei der einen und andern Art von Wechseln sowohl in Betracht der Dauer der Verjährungszeit, sowie des Anfangspunkts der Verjährung gelten.

„So hat denn die durchgreifende Verschiedenheit der trassirten und eigenen Wechsel selbst in der Rechtssprache mancher Länder ihren Ausdruck gefunden, indem dieselbe, wie die englische und französische, nur die Tratten als Wechsel bezeichnet, dagegen den eigenen Wechsel promissory note oder billet à ordre nennt, Ausdrücke, welche darauf hinweisen, daß nur mittelst des eigenen Wechsels der Aussteller ein direktes und unbedingtes Versprechen der Zahlung der Wechselsumme gibt.

Digitized by Google

„Indem nun jener durchgreifende Unterschied zwischen gezogenen und eigenen Wechseln sich an die Form der Wechselurkunde knüpft, oder mit andern Worten daran, ob der Aussteller des Papiers darin einen Zahlungsauftrag zu Gunsten des Nehmers ertheilt, oder ein direktes Versprechen der Zahlung der Wechselsumme an diesen letzteren gibt, sind nach dem nemlichen Princip auch die verschiedenen Modalitäten der Wechselbriefe zu beurtheilen.

„Daher ist insbesondere zunächst zu behaupten, daß der eigene Wechsel mit bestimmtem Domicile, oder mit andern Worten mit Bezeichnung eines Domicilirten ungeachtet der drei auf demselben fungirenden Personen doch seinem ganzen Wesen nach ein eigener Wechsel bleibt.

„Freilich wird das Gegentheil behauptet und die Meinung aufgestellt, ein Wechsel dahin lautend — „„„gegen diesen meinen Wechsel zahle ich... — zahlbar bei Herrn N. N. in ....““ sei eine Tratte in ungewöhnlicher Form und ganz als Tratte zu behandeln, weil das geschriebene Versprechen, selber die Wechselsumme zu bezahlen, durch die Benennung des Domiciliaten sinnlos sei. Thöl, Wechselrecht §. 278. II.

„Allein es ist diese Auffassung, ganz abgesehen von der Deutschen Wechselordnung entschieden unrichtig, Treitschke, Encycl. II S. 678 flg. und beruht dieselbe auf einem Verkennen des wahren Wesens des eigenen Wechsels.

„Dieses besteht nemlich keineswegs in dem Versprechen des Ausstellers, selber die Wechselsumme zu bezahlen, sondern charakterisirt sich dadurch, daß der Aussteller sich unmittelbar verbindlich macht, gleichgiltig ob in Person oder durch einen Dritten, den Domiciliaten, die Wechselsumme an den Nehmer oder dessen Ordre zu entrichten.. Das eigene Wechselversprechen wird sonach als solches durch die Benennung eines Domiciliaten keineswegs sinnlos, indem die Erklärung des Ausstellers „„„gegen diesen meinen Wechsel zahle ich bei N. N. in ...““ an und für sich nichts anderes heißt, als „„„ich verpflichte mich zur Zahlung der Wechselsumme und werde die Zahlungsmittel zur Verfallzeit bei N. N. (dem Domiciliaten) bereit halten, — oder ich verpflichte mich, die Wechselsumme durch den Domiciliaten N. N. zur Verfallzeit zu bezahlen““. Immerhin unterscheidet sich also ungeachtet der Beisetzung eines Domiciliaten das eigene Wechselversprechen seinem Inhalte nach vom Gezogenen, durch welches letztere die Regreßsumme in bedingter Weise zugesagt wird. Tritt also auch beim eigenen Wechsel der in Frage stehenden Art allerdings in gewissen Beziehungen eine ähnliche Behandlung wie bei der Tratte ein, ist jener insbesondere bei Vermeidung der Präjudicirung dem Domiciliaten rechtzeitig zur Zahlung zu präsentiren und Mangels Zahlung zu protestiren, so ist doch die Klage gegen den Aussteller die Wechsel- und nicht die Regreßklage und ist auch der eigene Wechsel mit Domiciliaten ein nicht acceptables Papier, bei welchem es an der Regreßklage Mangels Annahme fehlt. Bluntschli, Deutsche Wechselordnung S. 153.

„Dieses Ergebnis, welches in der Natur der Sache begründet, ist denn auch durch die Deutsche Wechselordnung schon dadurch anerkannt, daß dieselbe den eigenen domicilirten Wechsel mit Domiciliaten in dem 3. Abschnitte „„„Von eigenen Wechseln““ (Art. 99) behandelt.

„Wie aber ein in der Form des eigenen Wechsels ausgestellter Wechselbrief der Sache nach ein eigener Wechsel bleibt, wenn auch auf demselben außer dem Aussteller und Nehmer noch eine dritte Person als Zahler (der Domiciliat) fungirt, so ist nicht weniger ein Papier, welches in Trattenform

Digitized by Google

ausgestellt, eine Tratte, wenn auch Trassant und Trassat bei demselben identisch.

„Zwar wird auch hier das Gegentheil behauptet, indem man meint, eine Tratte, welche dieselbe Person als Trassanten und Trassaten ausweise, sei durchweg als ein eigener Wechsel zu behandeln, weil ein solcher Wechsel das einfache Versprechen des Ausstellers enthalte, die Wechselsumme zu bezahlen. Denn spreche A. zu sich selbst: „„zahle dem B.,"" so sage er „„ich will, daß ich zahle,"" also „„ich will zahlen."" Thöl, Wechselrecht §. 275.

„Allein es beruht diese Auffassung auf einem unrichtigen Vordersatze. Wählt nemlich der Aussteller einer in Wechselform gefaßten Urkunde die Form der Tratte, gibt er mit andern Worten in dem Wechselbriefe einen Zahlungsauftrag, wenn auch an sich selbst, so ist die natürliche Ausführung einer solchen Form gewiß die, es wolle der Aussteller in der Weise und nur in der Weise, wie ein Trassant und beziehungsweise Trassat haften. Als Trassat wolle er unmittelbar für die Wechselsumme einstehen, wenn er den Wechsel acceptirt, als Trassant wolle er für die Regreßsumme eventuell haften, d. h. im Falle rechtzeitiger Präsentation und Protesterhebung. Die Verpflichtung, die der Aussteller eines Papieres der in Frage stehenden Art mittelst der von ihm gewählten Form des Zahlungsauftrags übernehmen will, ist offenbar eine andere und im allgemeinen leichtere, als diejenige, die mittelst eigenen Wechselversprechens eingegangen wird. Der Aussteller will unbedingt nur haften, wenn er, was für ihn facultativ, den Wechsel acceptirt; als Trassant dagegen haftet er nur bedingt, d. h. für den Fall rechtzeitiger Präsentation des Wechsels. Ein solches Versprechen des Ausstellers in Ermangelung einer von ihm vorgenommenen Acceptation, um im Falle rechtzeitiger Präsentation und Protesterhebung an ihn selbst haften zu wollen, ist aber auch dann, wenn das Papier ohne distantia loci ausgestellt, keineswegs sinnlos, weil es eben ein bedingtes und der Präjudicirung ausgesetztes Versprechen ist.

„Wenn sonach der trassirteigene Wechsel seinem Wesen nach eine Tratte und nicht ein eigener Wechsel ist, so stimmt auch die Deutsche Wechselordnung hiermit überein. Dies ergibt sich schon daraus, daß der einzige Artikel dieses Gesetzes, welcher sich auf die gedachte Wechselform bezieht (Art. 6 Abs. 2), in dem Abschnitte „„Von gezogenen Wechseln"" steht. Auch erklärt jener Art. 6 Abs. 2, es könne der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnen, indem er zugleich auf Art. 4 Nr. 7 verweist, woselbst als wesentliches Erfordernis des gezogenen Wechsels aufgeführt wird, „„der Name der Person oder die Firma, welche die Zahlung leisten soll"" (des Bezogenen oder Trassaten). Freilich bestimmt die Deutsche Wechselordnung Art. 6: „„es könne der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnen, sofern die Zahlung an einem andern Orte als dem der Ausstellung geschehen solle;"" und ergibt sich aus den Worten des Gesetzes unmittelbar, daß eine Urkunde, in welcher der Aussteller sich selbst bezogen, wenn sie ohne distantia loci ausgestellt, keine Tratte, kein trassirteigener Wechsel im Sinne der Deutschen Wechselordnung ist, so ist dagegen allerdings nirgends ausdrücklich bestimmt, wie ein solches Papier zu behandeln, ob es überhaupt nicht als Wechsel zu betrachten, oder ob es als eigener Wechsel Anspruch auf Geltung machen kann.

„Dissenungeachtet dürfte eine Urkunde der in Frage stehenden Art, wie

Digitized by Google

nach gemeinem Rechte so auch nach Maßgabe der Deutschen Wechselordnung überhaupt nicht als Wechsel anzusehen und folgeweise unfähig sein zur Begründung von Wechselverbindlichkeiten zu dienen.

„Denn 1) einmal ist ein Zahlungsauftrag, welchen der Aussteller eines in Wechselform gefaßten Papieres darin an sich selbst richtet, an und für sich, wie bereits ausgeführt, keineswegs mit einem direkten und unbedingten Versprechen des Ausstellers, die Wechselsumme zu bezahlen, identisch, indem vielmehr ein solcher Zahlungsauftrag der Natur der Sache nach auf die Absicht des Auftraggebers hinweist, in der Weise und nur in der Weise, wie ein Trassant und bezogener Trassat, verpflichtet zu sein. Sind nemlich, wie früher gezeigt, das gezogene und das eigene Wechselversprechen ihrem ganzen Wesen nach verschieden, und ist die Form, in welcher von Alters her Versprechungen der erstgenannten Art gegeben, die eines geschriebenen Zahlungsauftrags, so wird man in einem solchen Auftrage, den der Aussteller eines in Wechselform gefaßten Papieres an sich selbst gerichtet, im Zweifel die Absicht finden müssen, ein gezogenes Wechselversprechen zu geben, und ist auch dieses Versprechen wegen irgend eines Mangels in der den Zahlungsauftrag enthaltenden Urkunde ungiltig, so kann sich dasselbe selbstverständlich dadurch nicht in ein eigenes Wechselversprechen convertiren.

„2) Dieser in der Natur der Sache begründeten Auffassung steht die Deutsche Wechselordnung nicht allein nicht entgegen, sondern es stimmt dieses Gesetz insofern bei, als es den trassirt eigenen Wechsel als Tratte betrachtet und behandelt. Freilich soll nach Maßgabe des Art. 6 der Aussteller sich selbst als Bezogenen nur sofern bezeichnen können, als die Zahlung an einem andern Orte, als dem der Ausstellung, geschehen soll.

„Fehlt es nun an der distantia loci, so ist immerhin ein Zahlungsauftrag des Ausstellers an sich selbst da, d. h. eine Erklärung, welche keineswegs identisch mit einem direkten unbedingten Versprechen der Wechselsumme ist. Wie demnach unter der zuletzt bezeichneten Voraussetzung keine giltige Tratte vorhanden, so ist das Papier auch nicht als eigener Wechsel zu betrachten.

„Will man das Gegentheil behaupten, so muß man annehmen, daß nach der Deutschen Wechselordnung der Zahlungsauftrag, den der Aussteller eines in Wechselform gefaßten Papieres sich selbst gibt, eine ganz verschiedene Bedeutung habe, je nachdem der Wechsel de loco in locum, oder als Platzwechsel ausgestellt. Der Zahlungsauftrag des Ausstellers an sich selbst wird in jenem Falle ein eventuelles Versprechen der Regreßsumme enthalten, in diesem dagegen das unbedingte Versprechen der Wechselsumme. Um aber der nemlichen Formel eine ganz verschiedene Bedeutung unterzulegen, je nachdem der Zahlungsauftrag an sich selbst auf Zahlung an einem fremden Orte oder auf Zahlung am Ausstellungsorte lautet, müßte der Grund zu einer so verschiedenen Auslegung in der Eigenschaft des Wechsels als Platz- oder Distancewechsel liegen, oder ein so verschiedener Sinn des Zahlungsauftrags an sich selbst gesetzlich festgestellt sein. Allein es vermag an sich der Umstand, daß ein in Wechselform ausgestelltes Papier distantia loci ausweist, dem Zahlungsauftrage des Ausstellers an sich selbst keine andere Bedeutung zu verleihen; und kann es nach der Deutschen Wechselordnung Art. 6 Abs. 2 keinem Zweifel unterliegen, daß ein solcher Auftrag, wenn er de loco in locum gegeben, den Sinn hat, daß der Aussteller in der Weise und nur in der Weise wie ein Trassant und beziehungsweise Trassat haften will, so wird man in

Digitized by Google

demselben offenbar keine andere Absicht ausgedrückt finden können, wenn sich der Aussteller von seiner Wohnung aus auf sein anderswo gelegenes Comtoir derselben Stadt bezieht. Und doch fehlt es in einem solchen Falle an der distantia loci im Sinne der Deutschen Wechselordnung, Renaud, Wechselrecht §. 42 Not. 5, während dieses Gesetz ein solches in Wechselform gefaßtes Papier in keiner Weise von einer einen Zahlungsauftrag des Ausstellers an sich selbst enthaltenden Urkunde, in welcher Ausstellungs- und Zahlungsort ohne weitere Angabe zusammenfallen, unterscheidet. Ist demnach der Umstand, ob ein Papier als Platz- oder Distancewechsel ausgestellt, für die Auslegung des darin enthaltenen Zahlungsauftrags des Ausstellers an sich selbst durchaus irrelevant, so hat auch die Deutsche Wechselordnung nirgends bestimmt oder auch nur angedeutet, daß der Sinn eines solchen Zahlungsauftrags als ein verschiedener zu betrachten, je nachdem es an der distantia loci fehlt oder nicht fehlt.

„Wenn vor der Deutschen Wechselordnung einzelne Schriftsteller den eingezogenen Wechsel schlechtweg als eigenen Wechsel betrachteten, gleichgiltig, ob derselbe als Platz- oder Distancewechsel ausgestellt, wenn sie einen Zahlungsauftrag des Wechselausstellers an sich selbst schlechthin und ohne Rücksicht auf die distantia loci als eigenes Wechselversprechen behandeln wollten, so war eine solche Ansicht, wenn dieselbe auch nicht zu billigen, doch consequent. Als inconsequent muß dagegen die Auffassung bezeichnet werden, nach welcher der Zahlungsauftrag des Ausstellers an sich selbst, je nachdem er auf den Ort der Ausstellung oder auf einen fremden Ort lautet, eine ganz andere Bedeutung haben soll, und ist eine solche Inconsequenz des Gesetzes nicht zu vermuthen.

„Auch drückt sich die Deutsche Wechselordnung nicht dahin aus, daß ein trassirteigener Wechsel nur im Falle der distantia loci als Tratte zu betrachten, indem vielmehr Art. 6 Abs. 2 bestimmt, es könne der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnen, sofern die Zahlung an einem andern Orte als dem der Ausstellung geschehen solle.

„Fehlt es aber an diesem Requisite, so hat sich der Aussteller doch immer als Bezogenen bezeichnet; wiewohl nicht in rechtsgiltiger Weise.

„Es liegt demnach im Sinne der Deutschen Wechselordnung hier immerhin ein Papier vor, welches nach der Absicht des Ausstellers eine Tratte sein sollte und welches folgeweise, wenn es auch wegen Mangels an der gesetzlich erforderten distantia loci keine Tratte ist, doch eben deshalb, weil der Aussteller sich als Bezogenen bezeichnen wollte, nicht als eigener Wechsel betrachtet werden kann.

„3) Mit diesem Ergebnisse stimmt denn auch der Art. 7 der Deutschen Wechselordnung überein. Denn nach Maßgabe dieses Artikels entsteht aus einer Schrift, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels (Art. 4), d. h. wie aus der Bezugnahme auf Art. 4 sich ergibt, eines trassirten Wechselbriefs fehlt, keine wechselmäßige Verbindlichkeit. Mangelt es mit andern Worten einem Papiere, welches in Trattenform ausgestellt, an den wesentlichen Erfordernissen der Tratte, so ist eine solche Urkunde kein Wechsel und nicht bloß keine Tratte. Nach Art. 4 der Deutschen Wechselordnung gehört nun zu den wesentlichen Erfordernissen eines gezogenen Wechsels unter anderm die Bezeichnung des Bezogenen. Da nun nach Art. 6 Abs. 2 der Aussteller sich selbst als Bezogenen nur sofern bezeich-

Digitized by Google

nen kann, als die Zahlung an einem andern Orte als dem der Ausstellung geschehen soll, so enthält ein trassirteigener Wechsel ohne distantia loci in der That keine rechtsgiltige Bezeichnung eines Trassaten und entsteht folgeweise in Gemäßheit der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 7 aus einer solchen Schrift keine wechselmäßige Verbindlichkeit.

„4) Dies kann aber um so weniger einem gegründeten Zweifel unterliegen, als die Motive der Deutschen Wechselordnung keinerlei Anhaltspunkt für die Meinung ergeben, daß eine Urkunde, welche in der Form eines trassirteigenen Wechsels ohne distantia loci ausgestellt, als eigener Wechsel zu betrachten, vielmehr dieselben dafür zu sprechen scheinen, daß nach der Ansicht der Majorität der Leipziger Conferenz ein derartiges Papier gar nicht als Wechsel betrachtet werden sollte."

Es wird sodann weiter referirt, was der Preußische Entwurf zur Wechselordnung hierüber in Vorschlag gebracht hatte und was bei der Conferenz nach Ausweis der Protokolle S. 17 ff. weiter hierüber verhandelt worden ist. — Das Resultat dieser Verhandlungen wird dahin zusammengefaßt, es habe sich in der Conferenz keine Stimme dafür erhoben, daß der eigengezogene Wechsel, je nachdem er als Distanz- oder Platzwechsel ausgestellt, als Tratte oder als eigener Wechsel zu behandeln sei, die Minorität sich vielmehr nur dahin ausgesprochen habe, daß der trassirteigene Wechsel schlechtweg oder doch dann als eigener Wechsel behandelt werden sollte, wenn er „an mich selbst" adressirt. Die Entscheidungsgründe fahren sodann fort:

„Ist nun dieses Ergebnis nicht ohne Gewicht bei Widerlegung der Meinung, wonach Papiere in der Form trassirteigener Wechsel ohne distantia loci als eigene Wechsel Anspruch auf Geltung haben sollen, so wird andererseits die Ansicht, daß derartige Urkunden im Sinne der Deutschen Wechselordnung gar nicht als Wechsel zu betrachten, dadurch unterstützt, daß sich die Majorität der Leipziger Conferenz die Auffassung des Referenten angeeignet zu haben scheint, gemäß welcher der trassirteigene Wechsel wegen seiner Form als Tratte zu behandeln, eine solche Tratte freilich nur im Falle der distantia loci rechtsgiltig ist, während der eigengezogene Wechsel, der am Ausstellungsorte zahlbar, ein leeres Spiel mit Formen und sonach vom eigenen Wechsel wohl zu unterscheiden ist.

„Und in der That war diese Auffassung im Wesen des Wechselverkehrs wohl begründet. Während man nemlich bei der gewöhnlichen Tratte von dem Erfordernisse der distantia loci um deswillen absah, weil ein Wechsel, welcher von einer Person oder Firma auf eine andere Person oder Firma gezogen, auch als Platzwechsel die Functionen und Zwecke einer Tratte in voller Maße erfüllen kann und nur historische Gründe für die Nothwendigkeit einer Verschiedenheit des Ausstellungs- und des Zahlungsorts sprachen, so verhielt es sich beim trassirteigenen Wechsel anders. War die Zulassung eines solchen Papieres nemlich, wenn es de loco in locum gezogen, ein praktisches Bedürfnis, waren solche Wechsel längst bei Fabrikanten und Kaufleuten im Gebrauche, indem sie sich von ihrem Hauptgeschäfte auf anderswo befindliche Commanditen oder Zweigetablissements bezogen, so erschien dagegen

Digitized by Google

ein Wechsel, durch welchen der Aussteller sich selbst an dem Orte der Ausstellung bezog, als ein leeres Spiel mit Formen. Für ein solches Spiel mußte es erachtet werden, wenn der Aussteller als Trassat nur unter der Voraussetzung erfolgter Acceptation für die Wechselsumme haften sollte, wenn er ferner als Trassant nur unter der Bedingung für die Regreßsumme einzustehen verpflichtet sein sollte, daß bei ihm als Bezogenen die Wechselzahlung erfolglos nachgesucht und Protest Mangels Zahlung erhoben worden. Ein solches Papier sollte nach Maßgabe der Deutschen Wechselordnung nicht als Tratte anerkannt sein, obwohl es als Tratte gemeint, und kann auch, weil es eben als Tratte gemeint, nicht auf Geltung als eigener Wechsel Anspruch machen. Die hier begründete Ansicht ist denn auch durch die größere Zahl der Ausleger der Deutschen Wechselordnung, welche sich überhaupt über die vorstehende Frage ausgesprochen, gebilligt, wie insbesondere durch Renaud, Wechselrecht 2. Aufl. §. 42 Not. 6, Bluntschli, Deutsche Wechselordnung S. 53, (Liebe) die Deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterung S. 58, Hoffmann, Ausführliche Erläuterung der Deutschen Wechselordnung S. 221 flg., Volkmar und Löwy, die Deutsche Wechselordnung S. 45, Pöschmann im Archiv des deutschen Wechselrechts II S. 190 flg., Heimerl, Anleit. z. Studien des deutschen Wechselr. S. 67, Stubenrauch, Vortr. S. 25. Freilich ist die entgegengesetzte Ansicht, wonach im Sinne der Deutschen Wechselordnung ein Papier, welches die Form eines trassirteigenen Wechsels ohne die distantia loci hat, ein eigener Wechsel sein soll, wie in der Praxis so auch in der Theorie nicht ohne Vertretung geblieben und wird dieselbe insbesondere vertheidigt durch Ortloff, die Allgem. Deutsche Wechselordnung S. 31, Fick, der trassirteigene Wechsel S. 101 flg. und 110 flg., Einert im Archiv f. deutsches Wechselr. Bd. II S. 239 flg., Koch, Wechselrecht S. 107 a. E. ꝛc."

Zur Auslegung des §. 34 lit. b der Altenburg. Proceßnovelle vom 14. October 1852 und des §. 55 alin. 2 des Gesetzes vom 7. April 1823 über den unbestimmten summarischen Proceß.

Ein Rechtsfall,

mitgetheilt vom Herrn Actuar v. Plänckner zu Altenburg.

In einer bei dem Stadtgericht zu Altenburg anhängigen Imploratiossache (einer Provocationsklage) des A. in Altenburg gegen B. in Halle hatte der Implorat vier Tage vor dem anberaumten Verhörstermine eine Schrift zu den Akten übersendet, worin er seine Behinderung, in dem Termine selbst zu erscheinen, anzeigte und zugleich über den Inhalt der Imploration selbst sich vernehmen ließ. Im Verhörstermine, in welchem Implorat auch wirklich ausblieb, vernahm das Gericht den Imploranten über den Inhalt jener Eingabe des Implora-

Digitized by Google

ten und beraumte sodann in Gemäßheit der Vorschrift in §. 55 al. 2 des Gesetzes v. 7. April 1823 einen Beweiserörterungtermin an. Hiergegen appellirte jedoch der Implorant, indem er diese Terminsanberaumung in Hinblick auf §. 34 lit. b der Proceßnovelle vom 14. October 1852 als unstatthaft ansprach und vielmehr die Verurtheilung des Imploraten ad petita libelli auf Grund seines ungerechtfertigten Außenbleibens im Verhörstermine beantragte.

Das Appellationsgericht zu Altenburg verwarf jedoch diese Appellation als ungegründet und sprach sich in den Entscheidungsgründen u. a. dahin aus:

„Durch das Gesetz zur Abkürzung des Proceßverfahrens in Civilsachen vom 14. October 1852 im §. 34 lit. b ist nur allein das erste Alinea des §. 55 des oben angezogenen Gesetzes vom 7. April 1823 hinsichtlich der ersten monitorischen Ladung dahin, daß dieselbe künftig peremtorisch zur Einlassung bewirkt werden soll, abgeändert worden, nicht aber auch das zweite Alinea des §. 55, wie der Appellant irrthümlich angenommen hat.

„Sind nun die in diesem al. 2 des §. 55 für die Anberaumung eines Beweiserörterungs-Termins bestimmten Voraussetzungen mit der ersten Instanz in concreto als vorhanden anzunehmen gewesen, so mußte es auch bei der diesfallsigen stadtgerichtlichen Ausfertigung das Bewenden behalten."

Literarische Umschau.

Dr. L. Goldschmidt, außerordentl. Professor der Rechte in Heidelberg, Handbuch des Handelsrechts. Erster Band, erste Abtheilung, enthaltend die geschichtlich-literärische Einleitung und die Grundlehren. Erlangen. Ferdinand Enke 1864. XXVI und 524 S.

Wenn der Verf. des vorliegenden Buchs in der Vorrede sein Unternehmen, die Fülle der neueren handelsrechtlichen Literatur durch ein neues Handbuch zu vermehren, durch den umfassenden Plan, nach welchem das Werk angelegt, und den allgemeinen wissenschaftlichen Standpunkt, von welchem er bei demselben ausgegangen sei, zu rechtfertigen sucht, so ist eine solche Rechtfertigung zwar insofern überflüssig, als das juristische Publicum gewiß jede Arbeit Goldschmidts auf dem Gebiete des Handelsrechts willkommen geheißen hätte, wir gewinnen aber dadurch den Vortheil, gleich beim Aufschlagen des Buchs zu erfahren, welche große Aufgabe der Verfasser sich gestellt und können den Genuß, welchen wir vom Studium des Buchs zu erwarten haben, im Voraus empfinden.

Digitized by Google

Der Verfasser spricht sich über seine Aufgabe folgendermaßen aus: Das Handelsrecht soll zwar auf Grundlage des deutschen Handelsgesetzbuchs dargestellt werden, die Darstellung sich aber nicht auf eine Erklärung des Gesetzbuchs aus seinem Wortlaut und seiner unmittelbaren Entstehungsgeschichte formirt beschränken, sondern es soll „auf die geschichtlichen Quellen desselben zurückgegriffen werden, mögen diese sich im römischen Recht, in germanischen Rechtsanschauungen, in dem Handelsgebrauch und der Wissenschaft des späteren Mittelalters wie der Neuzeit, in neueren Gesetzgebungen, deren Doctrin und Praxis aufweisen lassen." „Die unvermeidlichen Nachtheile der Codification, die formelle Losreißung des durch sie begründeten Rechtszustandes von der Vergangenheit sind durch den Nachweis des geschichtlichen Zusammenhangs möglichst auszugleichen und die Ergebnisse der bisherigen Wissenschaft für die Erkenntnis und Fortbildung des geltenden Rechts zu verwerthen. Dieser Betrachtungsweise gilt das deutsche Handelsgesetzbuch nicht als ein in sich fertiges und abgeschlossenes Werk, sondern als Erzeugnis und nur einstweiliger Abschluß eines bald längeren, bald kürzeren geschichtlichen Entwicklungsprocesses, als dessen Glied allein es seine wahre Stellung und Beleuchtung gewinnt." (S. V—VII.)

Man sieht, es ist keine kleine Aufgabe, die der Verf. sich gestellt hat, aber gerade Goldschmidt durfte sie sich stellen, und wenn mit Sicherheit zu erwarten ist, daß er sie in ihrem ganzen Umfange lösen werde, so muß sie, soweit dies im vorliegenden Bande geschehen konnte, bereits als in glänzender Weise gelöst bezeichnet werden. Auch läßt die Art, wie die Aufgabe gestellt ist, das Bedenken schwinden, ob eine so umfassende und eingehende systematische Arbeit jetzt schon an der Zeit sei. In der That, betrachtete man das Handelsgesetzbuch als den Anfang einer neuern Rechtsbildung, dann erschiene das Unternehmen als verfrüht. Ein Werk dagegen, welches von der angegebenen Auffassung des Gesetzbuchs ausgeht, konnte schon unmittelbar nach der Publication desselben geschrieben werden, ja die ausgesprochene Tendenz, „die Ergebnisse der bisherigen Wissenschaft für die Fortbildung des Rechts zu verwerthen", weist demselben sogar diesen Zeitpunkt seines Erscheinens als den angemessensten an.

Betrachten wir den Inhalt der vorliegenden ersten Abtheilung des ersten Bands, welche die Einleitung und die beiden ersten Bücher umfaßt, etwas näher.

In der Einleitung folgt auf eine kurze Erörterung des Begriffs und der Zweige des Handelsrechts (§. 1) und des Verhältnisses des Handelsrechts zur Handelswissenschaft (§. 2)

Digitized by Google

unter den Rubriken Alterthum, Mittelalter und Neuzeit eine Angabe der Quellen des Handelsrechts der einzelnen Länder nebst umfassender Anführung der einschlagenden Literatur (S. 7—93). Sodann wird die Entstehung der deutschen Wechselordnung und des Handelsgesetzbuchs ausführlich dargestellt (§. 15—28, S. 94—182) und über einige für ganz Deutschland oder eine Anzahl deutscher Staaten bestimmte Gesetzentwürfe und Staatsverträge über verwandte nicht unmittelbar und ausschließlich dem Handel betreffende Rechtsverhältnisse (über gegenseitig zu gewährende Rechtshilfe, Einführung gleichen Maßes und Gewichts, Patentwesen u. s. w.) berichtet (§. 29. 30). Den Schluß der Einleitung bildet die Angabe der Literatur des deutschen Handelsrechts seit Ausgang des 18. Jahrhunderts nebst einem Anhang über die neuere Literatur der Handelswissenschaft.

Im ersten Buche, welches die Überschrift: Die Regeln und Quellen des Handelsrechts trägt, werden zuerst die Begriffe allgemeines, gemeines und particuläres Handelsrecht erörtert (§. 33). Das gemeinsame deutsche Handelsrecht, d. h. die Wechselordnung und das Handelsgesetzbuch werden dem allgemeinen Recht der deutschen Staaten, nicht aber dem gemeinen Recht zugewiesen. In der Untersuchung des Verhältnisses dieser Rechtsquellen zu dem bisherigen gesetzlichen Handelsrecht der einzelnen Staaten wird ausgeführt, daß das letztere nicht nur soweit es den Gesetzbüchern widerstreite, durch dieselben abgeschafft sei, sondern auch soweit es überhaupt die von den Gesetzbüchern geregelten Verhältnisse betreffe, auch wenn seine Bestimmungen mit dem Recht der Gesetzbücher verträglich seien. In dem folgenden die Quellen und die Methode des Handelsrechts behandelnden Abschnitt (§. 34—36) wird besonders betont, wie dem Richter in Handelssachen vorzugsweise eine freie Würdigung der Sachlage, billige Rücksichtnahme auf Natur und Lage der concreten Verhältnisse zieme und wie diese besondere Beurtheilung „ihren Grund nicht ausschließlich in der bereits durch die classische römische Jurisprudenz zur allgemeinen Geltung gelangten innerlichen, somit billigen Behandlung der Rechtssätze und Rechtsverhältnisse habe, sondern daneben auch sowohl in dem überwiegenden internationalen Charakter, wie in der besondern Natur der Handelsverhältnisse, welche in vorzüglichem Maße auf persönlichem gar nicht oder nicht hinreichend gesichertem Credit, auf Treue und Glauben beruhten: sie seien durchgehends bonae fidei negotia in eminentem Sinne" (§. 34).

Wenn Referent sich hiermit ganz einverstanden erklären muß, so kann er dagegen demjenigen, was der Verf. in demselben Paragraphen

Digitized by Google

über die Bedeutung der Vorarbeiten der Gesetzbücher für deren Auslegung bemerkt, nicht beitreten. Der Verf. argumentirt folgendermaßen. „Beide Gesetzbücher sind in allen Einzelstaaten in dem von den Berathungscommissionen mit allen einzelnen Bestimmungen verbundenen Sinne zur Einführung gelangt. Denn da sie überall als gemeinschaftliches deutsches Gesetz haben angenommen werden sollen und überall als Ganzes mit ausdrücklichem (?) Verzicht auf jede Abänderung, meist auch auf jede Declaration angenommen worden sind, so kann, weil die Worte eines Gesetzes überall nur der mehr oder weniger vollkommene Ausdruck des vom Verfasser (?) mit demselben verbundenen Sinnes sind und das Gesetz einen wahren Inhalt nur durch diesen (?) mit den Worten verbundenen Sinn empfängt, die Annahme der Entwürfe nur in dem Sinne erfolgt sein, welchen die Berathungscommissionen mit deren Worten verbunden haben." „Demgemäß ist — für die Auslegung der Gesetzbücher keineswegs nur der Wortlaut nach seinem Wortsinn, sondern der mit diesem Wortlaut von der Gesetzgebungscommission erweislich verbundene Sinn maßgebend." Insbesondere wird im Folgenden auf „den durch Abstimmung ermittelten Willen der Majorität über den Inhalt eines angenommenen Rechtssatzes oder (selbst) hinsichtlich der Nichtannahme eines Rechtssatzes" Gewicht gelegt.

Referent kann nun zunächst nicht anerkennen, daß in der in den meisten deutschen Staaten erfolgten Publication der betr. Gesetze als allgemeiner deutscher etwas anderes liegt, als die Erwähnung der Thatsache, daß das dem Gesetz zu Grunde liegende Material in der Absicht bearbeitet worden sei, um in allen deutschen Staaten als Gesetz verkündet zu werden. Was die mit der Bearbeitung betrauten Commissionen selbst über ihre Arbeiten gedacht oder durch dieselben zu erreichen vermeint, hat mithin nur die Bedeutung einer Privatansicht. (Vgl. die weitere Ausführung in des Refer. Commentar Einleitung §. 16.) Wollte man aber auch die Commissionen in der Art mit dem Gesetzgeber identificiren, daß man ihre Ansichten und Absichten als die des letzteren auffaßte, so würde damit doch nichts für die Auffassung des Verfassers gewonnen sein. Zwar ist es vollkommen richtig, daß um zu erforschen, was der Gesetzgeber als seinen Willen hat erklären wollen, alle Interpretationsmittel, durch welche der wahre Sinn der Erklärung hergestellt werden kann, zulässig sind, und daß, wenn Zweifel über die Bedeutung eines Ausdrucks entstehen, auch auf Äußerungen des Gesetzgebers, eines gesetzgebenden Factors oder selbst eines Organs eines solchen recurrirt werden kann. Immer aber ist festzuhalten, daß es sich nur um eine Interpretation der solennen Willenserklärung des Gesetzgebers durch das Gesetz handeln kann, daß aber die directe Erforschung des

Digitized by Google

Willens des Gesetzgebers, abgesehen von der Erklärung desselben im Gesetz, ohne Bedeutung ist. Gesetz ist nicht, was der Gesetzgeber will, sondern, was er in solenner Weise als Gewolltes erklärt. Daraus folgt nicht nur, daß, wenn der durch Interpretation des Gesetzes dargethane Wille des Gesetzgebers mit demjenigen, was sich anderweit als Wille des Gesetzgebers (richtiger: der mit der Gesetzgebung betrauten Personen) ergibt, in Widerspruch tritt, lediglich der erstere in Betracht kommt, sondern auch, daß die selbständige Berücksichtigung irgend einer nicht solennen Äußerung des Gesetzgebers oder eines Organs desselben „über den Inhalt eines im Gesetz enthaltenen oder hinsichtlich der Nichtannahme eines Rechtssatzes in dasselbe", d. h. die Berücksichtigung derselben neben dem in dem Gesetz erklärten gesetzgeberischen Willen ausgeschlossen ist.

Neuerdings hat Schlesinger in einer Anzeige des vorliegenden Buchs in den Göttinger Anzeigen (1864. 50. Stück) die angeführten Ansichten des Vrfs. energisch bekämpft. Mit Recht erklärt sich derselbe auch gegen das Verfahren zahlloser Schriftsteller, welche in der angeblichen Absicht die neuen Gesetze auszulegen „in Wahrheit ein davon in seiner Grundlage ganz verschiedenes Recht lehren, welches ebenso sehr auf den Protokollen, als auf den Gesetzen selbst beruhe" und die glauben, „man habe zur Erklärung eines Artikels schon etwas gethan, wenn man nur seine „„Entstehungsgeschichte"" vortrage, wenn man erzähle, wie er im ersten, wie er im zweiten preußischen Entwurf gelautet, was in der Commission bei der ersten, zweiten, dritten Lesung darüber gesagt und beschlossen wurde u. s. w." Es möge aber gestattet sein, hier gegen eine weitere Bemerkung Schlesingers aufzutreten, gegen welche entschiedenen Einspruch zu thun gerade Referent sich veranlaßt sieht. Schlesinger erklärt nemlich jede Darstellung der Entstehungsgeschichte für überflüssig und qualificirt eine solche als Papierverschwendung. Wie stimmt aber eine solche Behauptung überein mit der unmittelbar darauf folgenden Charakteristik der Protokolle als reichster Fundgrube von Zeugnissen über das bisher geltende Recht, von belehrenden Anregungen für die richtige Auffassung des durch die neuen Gesetzgebungen Geschaffenen, von bei der Auslegung beachtenswerthen doctrinellen Meinungen? Wie läßt es sich damit vereinigen, daß er denjenigen, „welcher über Wechsel- oder Handelsrecht schreiben oder dociren wollte, der Oberflächlichkeit zeiht, wenn er dieses vorzügliche literarische Hilfsmittel vernachlässigt?" Haben die Protokolle diesen Werth, warum dann dem Schriftsteller es untersagen, einzelne Goldkörner, die er in dieser Fundgrube entdeckt, dem Publicum unmittelbar vorzulegen, statt sie erst mit dem eigenen Stempel zu prägen? Unmöglich kann Schlesinger in Abrede

Digitized by Google

stellen, daß ihm selbst die wahre Bedeutung und Tragweite gar mancher Bestimmung des Gesetzes und das gegenseitige Verhältnis einzelner Artikel erst dadurch zu klarerer Anschauung gekommen ist, daß er ihre Entstehung und Umwandlung in dem Verlauf der Verhandlungen genau verfolgte. Warum soll nun dem Publicum dieses vorzügliche Erkenntnismittel vorenthalten bleiben? Oder soll man den, der derartige Erkenntnis sucht, im einzelnen Falle auf das unmittelbare Studium der Protokolle verweisen? Ein erfolgreiches Studium der Protokolle ist nur im Zusammenhange möglich, und gerade zum Verständnis derjenigen Partien, in welchen die Protokolle ein wesentliches Hilfsmittel für die Erklärung des Gesetzes darbieten, ist die Leitung eines sichern Führers nöthig, wenn Abwege vermieden werden sollen. Kann nun aber eine für das Verständnis der einzelnen Bestimmung erfolgreiche Darstellung der Entstehungsgeschichte und Zusammenstellung der wesentlichen bei der Berathung kund gegebenen Meinungen nur der in den Protokollen genau Bewanderte geben, so ist der Erklärer des Handelsgesetzbuchs auch berechtigt, überall eine solche zu geben, wo er sich für die Erklärung der einzelnen Bestimmungen davon Erfolg verspricht. —

In der im §. 35 und 36 enthaltenen eingehenden und gründlichen Darstellung der Usance, ihres Wesens, ihrer Erfordernisse, ihrer Wirksamkeit und ihrer Ermittelung ist der Gegensatz zwischen der Usance als Gewohnheitsrecht und der in Handelssachen unter Kaufleuten überhaupt üblichen Geschäftsweise besonders hervorgehoben. Nur im ersteren Sinne faßt daher auch der Verf. das Wort Handelsgebräuche im Art. 1 des Handelsgesetzbuchs, „denn nur Übungen rechtlichen Inhalts und auf Rechtsüberzeugung beruhende können Quelle von Rechtssätzen sein und als solche neben dem Handelsgesetzbuch und dem bürgerlichen Recht genannt werden" (S. 255). In demselben Art. 1 findet der Verf. die Anerkennung der von ihm dargestellten Grundsätze des bisherigen gemeinen Rechts für das ganze Geltungsgebiet des Gesetzbuchs anerkannt und spricht sich in der Frage, ob dieser Artikel der Usance dem Handelsgesetzbuch gegenüber die derogatorische Kraft versage oder nicht, für die Versagung aus.

Im §. 37 — „Handelsrecht und bürgerliches Recht" (correcter sagt man wohl mit dem Gesetzbuch: allgemeines bürgerliches Recht) — wird ausgeführt, daß das Handelsrecht ein Specialrecht, nicht aber Ausnahmsrecht sei. „Es stellt Regeln auf für Handelssachen, d. i. für die Rechtsverhältnisse des Handelsstands und bei Handelsgeschäften. Die Personen des Handelsstands und die Handelsgeschäfte sind indessen gleichzeitig den Normen des (gemeinen oder particulären) bürgerlichen — öffentlichen und Privatrechts unterworfen. Das

Digitized by Google

Handelsrecht erschöpft nicht den Umfang der auf sie anwendbaren Rechtsregeln, es schließt dieselben nur aus, soweit es reicht." „Der Umfang des Handelsrechts ist bald enger, bald weiter: theils nach dem Kreise der Verhältnisse, welche es beherrschen soll, theils nach dem Maße, in welchem es dieselben beherrscht. In der letztern Beziehung ist dieser Umfang am engsten, wo die dem Handel angemessenen Rechtsprincipien das gesammte bürgerliche Recht so sehr durchdrungen haben, daß zur Bildung eines Realrechts keine oder nur geringe Veranlassung vorliegt." Daher bildete sich im Mittelalter ein umfassendes Sonderhandelsrecht aus, während neben dem bürgerlichen Recht der Römer zur Zeit seiner höchsten Ausbildung nur ein dürftiges Specialhandelsrecht bestand. Besonders aufmerksam zu machen ist auf die in Not. 3 (S. 262) gegebene Skizzirung des Entwicklungsgangs des römischen Verkehrsrechts, seiner höchsten Blüte in der classischen Zeit [„der größte Theil des classischen römischen Verkehrsrechts (Obligationen- und Mobiliarsachenrecht) war ursprünglich nur internationales Handelsrecht (jus gentium) und wurde alsdann zum anationalen (kosmopolitischen) auf alle Personen, welche vor römischen Gerichten Recht nahmen, anwendbaren Universalrecht, dadurch zu einem Theil des bürgerlichen Rechts selber] und seiner Verunstaltung während der letzten Jahrhunderte der Kaiserzeit „durch mancherlei kaiserliche auf einer mitunter laxen Humanität beruhende, jedenfalls dem großen Verkehr durchaus unangemessene Satzungen."

Die beiden letzten Paragraphen (§. 38. 39) des ersten Buchs behandeln die örtliche Geltung und die zeitliche Anwendung der Handelsrechtssätze. Natürlich gelten für diese keine eigenthümlichen Regeln, die Fragen sind aber betreffs ihrer aus begreiflichen Gründen, und zwar die erstere für alle Zeiten, die zweite wenigstens für die Jetztzeit, besonders wichtig, sie verdienen deswegen auch bei einer Darstellung des Handelsrechts eine besondere Berücksichtigung, und es sei gestattet, hier wörtlich anzuführen, was der Verf. über die Anwendung des fremden Rechts ausführt: „Der fremde Rechtssatz ist nie eine Thatsache im processualischen Sinne (Not. 15 S. 276). Kennt der Richter das fremde Recht, so darf, ja muß er es zur Anwendung bringen, auch ohne Antrag oder Anführung der Parteien. Ist seine Kenntnis keine vollkommen sichere, so hat er dessen Ermittelung anzuordnen, selbst wenn die Parteien über dessen Inhalt einig wären. Die Berufung auf den fremden Rechtssatz muß daher in jedem Stadium des Processes zugelassen werden. Hat jedoch keine Berufung auf einen vom einheimischen Recht abweichenden fremden Rechtsgrundsatz stattgefunden, oder ist das Dasein eines solchen nicht hinreichend erwiesen worden, oder,

Digitized by Google

sind die Parteien darüber einig, daß der fremde Rechtssatz mit dem einheimischen übereinstimme, so darf der Richter annehmen, daß der ihm unbekannte Rechtssatz mit dem inländischen Recht übereinstimme und dieses zur Anwendung bringen." Es folgt sodann eine Ausführung über die Art und Weise, wie die Ermittelung des fremden Rechts vom Richter anzuordnen ist. Zu bemerken ist noch, daß der in Not. 19 angeführte §. 9 des Entwurfs eines sächsischen Civilgesetzbuchs dem Entwurf von 1853 angehört, sich aber in dem neuen im Königreich Sachsen als Gesetz publicirten Entwurf von 1860 nicht mehr findet.

Der Darstellung der Regeln über die zeitliche Anwendung der Handelsrechtssätze ist eine Übersicht der Einführungsgesetze der einzelnen Staaten beigegeben.

Zweites Buch. Der Handel und die Handelsgeschäfte, Capitel I Grundbegriffe. Im ersten Abschnitt — Handel — (§. 40. 41) „sucht der Vf. von wirthschaftlichen Begriffen auf Grund der gegenwärtigen Zustände ausgehend, den Gang der geschichtlichen Entwicklung zu veranschaulichen und für das Verständnis des geltenden Rechts eine sichere Grundlage zu gewinnen." Der zweite Abschnitt erörtert die Begriffe Handelsgeschäft und Handelsgewerbe und die davon verschiedenen Systeme der Handelsgeschäfte, das objective, das subjective und das gemischte. Der Verf. rechtfertigt das so vielfach angefochtene, von dem Handelsgesetzbuch adoptirte gemischte System aus innern Gründen. Die näher ausgeführten Sätze seiner Argumentation sind folgende. Obgleich der eigenthümliche wirthschaftliche wie rechtliche Charakter der einzelnen Handelsgeschäfte nur im Zusammenhange des Handelsgewerbes erwachsen sei und sich nur aus diesem heraus völlig begreifen lasse, so sei es doch unzulässig, das System der Handelsgeschäfte allein oder auch nur vorzugsweise auf das Handelsgewerbe oder dessen Träger den Handelsmann oder Kaufmann zu bauen, da die Begriffe Handelsgewerbe, Handelsmann überall nur die abgeleiteten seien (nicht: weil Handelsmann, darum Handelsgeschäft, sondern: weil Handelsgeschäft, darum Handelsmann), und weil neben dem gewerbsmäßigen ein nicht gewerbsmäßiger Handel bestehe. Ließen sich aber Begriff und System der Handelsgeschäfte principiell nur nach objectiven Merkmalen bestimmen, so sei doch der subjective Gesichtspunkt deswegen bedeutsam, weil nicht jedes Handelsgeschäft, welches seiner Natur nach des gewerbsmäßigen Betriebs fähig ist, auch als vereinzeltes Geschäft nach den wirthschaftlichen und rechtlichen Principien des Handels beurtheilt sein wolle, und weil diejenigen Hülfsgeschäfte des Handels, welche nicht dem Gegenstand eines selbständigen Gewerbes bilden können, keinen so fest ausgeprägten commerciellen Charakter hätten, da sie nicht vermöge ihrer Natur,

Digitized by Google

sondern nur in Folge ihrer Beziehung zum Handelsbetrieb Handelsgeschäfte seien; endlich weil die Handelspersönlichkeit des Kaufmanns im Gegensatz zu der rein bürgerlichen in den Verkehrsgeschäften dermaßen überwiege, daß alle Geschäfte, welche ihr angehören können, im Zweifel als ihr angehörend gedacht würden. §. 43. Der Kaufmann. §. 44. Die privatrechtliche Bedeutung der Begriffe des Handelsgesetzbuchs. §. 45. Einseitige und zweiseitige Handelsgeschäfte. §. 46. Handelszweige. Insbesondere Groß- und Kleinhandel, Fabrik und Handwerk. Hier findet sich eine eingehende Interpretation des Art. 10 des Handelsgesetzbuchs.

Das zweite Capitel ist der Untersuchung der Frage gewidmet, welche einzelne Geschäfte unter den Begriff des Handelsgeschäfts, speciell unter den vom Handelsgesetzbuch aufgestellten fallen. So uninteressant nun derartige Untersuchung Vielen erscheinen mag, so wünschenswerth es möglicher Weise sein dürfte, wenn sie durch eine anderweitige Begrenzung der Competenz des Handelsgesetzbuchs uns erspart würde, so unzweifelhaft ist es, daß der dermalige Standpunkt der Legislation in gebieterischer Weise darauf hinweist, gerade diese Untersuchung in eingehendster und sorgfältigster Weise vorzunehmen. Daß der Vf. eine solche Untersuchung für seine Pflicht gehalten, war vorauszusehen, damit ist aber auch zugleich ausgesprochen, daß er etwas Vorzügliches geliefert. Die Darstellung muß bis auf geringe Ausnahmen als eine erschöpfende bezeichnet werden. Mit Unrecht hat man an der Form der Darstellung Anstoß genommen und die Verweisung eines großen Theils des Materials in die Noten getadelt. Im Gegentheil gerade durch die Vertheilung des Stoffs in Text und Noten ist die Übersicht wesentlich erleichtert und die Brauchbarkeit des Buchs erhöht.

Für eine Besprechung des Details fehlt der Raum, Referent muß es sich daher versagen, einerseits den Nachweis zu führen, in welch eingehender Weise der Verf. seinen Stoff behandelt, andererseits den Ausführungen desselben gegenüber seine eigenen in gar manchen Punkten von dem Verf. abweichenden Ansichten geltend zu machen, und erlaubt sich schließlich den aufrichtigen Wunsch nach recht baldiger Fortsetzung des Werks auszusprechen.

F. v. Hahn.

Digitized by Google

Beiträge zur Gefängniskunde, herausgegeben von Dr. Theodor Marcard, Sanitätsrath, Arzt am Zuchthause vor Celle. Celle Schulze'sche Buchhandlung, 1864. 1. Heft: Ärztliche Mittheilungen aus den Hannoverschen Strafanstalten von Dr. Th. Marcard. Veröffentlicht mit Genehmigung der Königl. Kron-Oberanwaltschaft. S. 1—61. Ladenpr. 15 Sgr.

Der Verf. unternimmt mit dem ersten Hefte die Herausgabe von Blättern für das gesammte Interesse des Gefängniswesens im In- und Auslande und sagt für den Fall, daß sie Billigung und Hilfe bei Behörden und Sachverständigen finden, weitere, zwanglose Hefte zu 3—4 Bogen zu. Sein erstes Heft enthält eine Abhandlung über Ernährung der Sträflinge im Zuchthaus vor Celle (Mai 1860) und eine über den Einfluß der Gefangenschaft auf Gesundheit und Leben des Menschen (April 1863). Beide Abhandlungen empfehlen sich durch ansprechende und gedrängte Darstellung ärztlicher Erfahrung mit statistischen Belegen und es ist zu wünschen, daß das Unternehmen durch Betheiligung des sachverständigen Publicums gefördert werde; große Hoffnung darauf darf man sich indessen nicht machen, da im Allgemeinen die Lust am Bücherkauf sich sehr verringert hat und gerade der größere Theil der Sachkundigen und Interessenten, das Gefängnisbeamten-Personal, finanziell so knapp gestellt zu sein pflegt, daß die Beschaffung von Büchern ohne andere Opfer nicht wohl möglich ist. Die Abnehmer werden voraussichtlich einige Gefängnisbibliotheken, einige Ärzte und wenige Interessenten sein.

Profess. Dr. Ortloff.

Centralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht. Neue Folge, herausgegeben von Dr. jur. Georg Löhr, Advocat in Köln. I. Bd. 1. Heft.

Nach dem Prospekt dieser — der Pflege des deutschen Handelsrechts mit Einschluß des Wechselrechts gewidmeten — Zeitschrift verfolgt dieselbe eine vorzugsweise praktische Richtung und soll im praktischen Rechts- und Handelsleben ein Hilfsmittel für alle in demselben thätige Richter, Advocaten ꝛc. bilden.

Rücksichtlich des in der Zeitschrift mitzutheilenden Stoffs soll die

Digitized by Google

erste Abtheilung theoretisch-praktische Aufsätze über Handels- und Wechselrecht, Erläuterungen der Gesetze und praktische Übersichten enthalten.

Die — zweite aber — Hauptaufgabe der Zeitschrift soll in der Veröffentlichung einer möglichst reichhaltigen und vollständigen Sammlung der wichtigeren gerichtlichen Entscheidungen und Rechtsfälle aus dem ganzen Gebiete des deutschen Handels- und Wechselrechts bestehen.

Die dritte Abtheilung der Zeitschrift ist dazu bestimmt, alle in Deutschland über Handels- und Wechselrecht erscheinende Gesetze und Verordnungen zu veröffentlichen. Wichtigere Gesetze der Nachbarstaaten auf diesem Gebiete, sowie sonstige interessante Notizen über handelsrechtliche Verhältnisse, Auszüge aus civilrechtlichen, das Handelsgebiet berührenden Urtheilen u. dergl. sollen sich dieser Abtheilung anreihen. Diesem Programm entspricht auch das vorliegende 1. Heft, über dessen — das Unternehmen empfehlenden — Inhalt Folgendes zu bemerken ist.

Die 1. Abtheilung enthält 4 Aufsätze von verschiedenen Verfassern: a) über die Rechtsprechung in Handelssachen seit der Einführung des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuchs; b) über „Kauf ohne Preisabrede"; c) „über Differenz- und Lieferungsgeschäft" nach dem Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch; d) über „die deutschen Genossenschaften"; e) über „die Litisdenuntiation im Wechselprocesse".

Die 2. Abtheilung bringt 51 Rechtsfälle und gerichtliche Entscheidungen in Handels- und Wechselssachen von verschiedenen deutschen Handelsgerichten und andern Spruchbehörden.

Die 3. Abtheilung theilt a) das Fürstl. Lippe-Detmold'sche Einführungsgesetz zum Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch vom 20. April 1864 mit; ferner b) das Königl. Würtemberg. Gesetz vom 18. Mai 1864 die Abänderung einiger Bestimmungen der Allgem. Deutschen Wechselordnung betr.; c) ein Königl. Hannoversches Gesetz v. 31. Mai 1864 die Ergänzung der Allgem. Deutschen Wechselordnung betr.; d) ein weiteres Hannoversches Gesetz vom 2. Juli 1864 die Anfechtbarkeit der von Schuldnern zum Nachtheil ihrer Gläubiger vorgenommenen Veräußerungen betr.; e) ein ferneres Hannoversches Gesetz vom 2. Juli 1864 die Aufhebung der sogen. Lex Anastas. betr.; f) das Großh. Badische Gesetz die Ergänzung und Erläuterung der Allgem. Deutschen Wechselordnung betr.

Den Schluß dieser Abtheilung und des Hefts überhaupt bilden einzelne Notizen über eine Verordnung der Stadt Frankfurt und eine Königl. Baierische Ministerialverfügung über Personal- und Real-

Digitized by Google

arrestgesuche; ferner eine Verordnung des Königl. Sächsischen Justizministeriums vom 21. Septbr. 1863 über die Unzulässigkeit der Bestellung von Procuristen bei Actiengesellschaften; und den kürzlichen Inhalt eines Erkenntnisses des ꝛc. Landgerichts zu Köln vom 21. Novbr. 1863 in Betreff der Klagen und Vorladungen gegen eine in Liquidation begriffene Handelsgesellschaft.

Jeder im Zeitraum eines Jahres erscheinende Band von 4 Quartalheften à 9—12 Druckbogen groß Octavformat soll zu 3 Thlr. 10 Sgr. geliefert werden, welcher Preis als ein verhältnismäßig billiger angesehen werden muß. D. H.

Dr. Gengler, Prof. der Rechte in Erlangen, codex juris municipalis Germaniae med. aevi. Regesten und Urkunden zur Verfassungs- und Rechtsgeschichte der deutschen Städte im Mittelalter. Verlag von Ferdinand Enke. 1863. 1864.

Von diesem Werke ist nach dem Erscheinen des 1. Hefts I. Bands S. 180 ff. Bd. XI d. Bl. bereits nähere Auskunft ertheilt worden und kürzlich das 2. Heft dieses Bandes erschienen. Dasselbe umfaßt die Regesten und Urkunden zur Verfassungs- und Rechtsgeschichte von 80 Städten, deren Namen in die Buchstaben B und C fallen. Darunter befinden sich innerhalb des Bezirks der thüringischen Staaten die Städte Bürgel, Buttelstädt, Buttstedt, Clingen und Coburg. Mit diesem Artikel schließt das vorliegende Heft, ohne ihn zu beendigen, dessen Schluß daher im 3. Hefte zu erwarten steht. Besonders ausführlich und inhaltreich sind die Artt. Brandenburg — Braunschweig — Bremen — Breslau, aber auch die übrigen enthalten innerhalb der dem Werke gesteckten Grenzen dasjenige, was über den Rechts- und Verfassungszustand der betr. Städte mitzutheilen ist, um der S. 181 Bd. XI d. Bl. erwähnten Aufgabe des Verf. gerecht zu werden. Alles dasjenige, was S. 182 l. c. und anderwärts, z. B. in der historischen Zeitschrift von ꝛc. v. Sybel 6. Jahrg. S. 449 ff., über den praktischen Werth dieses Sammelwerks gesagt ist, gilt auch von dem vorliegenden 2. Hefte; es wird daher die möglichste Unterstützung des ganzen Unternehmens den Lesern dieser Bl. auch fernerhin angelegentlich empfohlen. D. H.

Digitized by Google

Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts in Strafsachen.

Vom Herausgeber.

CCCLXXIII.

Zu Art. 306 Ziff. 4 und Art. 374 d. StPOrdn.

In einer Injurien-Anklagesache des W. zu S. gegen B. zu R. war von dem ꝛc. Justizamt zu Rudolstadt Termin zur Hauptverhandlung auf den 23. Mai 1864 Vormittags 10 Uhr anberaumt und der Ankläger zu demselben unter der Verwarnung vorgeladen worden, daß, wenn er bei dem Aufruf der Sache fehle, ohne weitere Verhandlung auf Verlust der Anklage erkannt werden solle.

Bei dem mit dem Schlag 10 Uhr erfolgten Aufruf der Sache war der Anwalt des Anklägers im Gerichtszimmer noch nicht anwesend, sondern etwa eine $^1/_2$ Minute nach 10 Uhr erschienen, die Verhandlung selbst hatte aber nach Ausweis des Protokolls bereits begonnen und der Anwalt des Angeklagten bei seinem Erscheinen um Contumacialbescheid gebeten. Der Anwalt des Anklägers bemerkte dagegen, er sei mit dem Glockenschlag 10 Uhr in die Hausthür des Gerichtsgebäudes eingetreten, habe sich sofort beim Diener gemeldet und sei von diesem bedeutet worden, er solle hineingehen, da eben die Hauptverhandlung aufgerufen worden sei. Er sei daher noch rechtzeitig erschienen und bitte um Vornahme der Hauptverhandlung.

Nachdem durch Befragen des Dieners constatirt worden war, daß der Anwalt des Anklägers erst nach 10 Uhr zu ihm gekommen sei, erkannte das ꝛc. Justizamt den Ankläger der Anklage für verlustig, weil er bei dem um 10 Uhr erfolgten Aufruf der Sache nicht gegenwärtig gewesen sei ꝛc.

Gegen diese Entscheidung wendete der Ankläger Appellation ein, weil er der erhobenen Anklage für verlustig erkannt und sein Antrag auf Vornahme der Hauptverhandlung abgewiesen worden sei. — Das ꝛc. Kreisgericht zu R. erkannte lediglich bestätigend. Der Ankläger erhob dagegen Nichtigkeitsbeschwerde, welche durch OAGUrtheil vom 24. November 1864 (Nr. 243) für begründet erachtet worden ist und die Cassation der beiden vorigen Erkenntnisse zur Folge gehabt hat aus folgenden Gründen:

„Was die Materialien der Nichtigkeitsbeschwerde anlangt, so ist dem Ankläger, als er in dem auf den 23. Mai d. J. angesetzten Hauptverhandlungstermin erschien, die Vornahme der Hauptverhandlung und seine Zulas-

Digitized by Google

sung zu derselben, obgleich er den ausdrücklichen Antrag um Vornahme der Hauptverhandlung an das Gericht stellte, verweigert worden, es ist ihm mithin das ihm in der Hauptverhandlung zustehende rechtliche Gehör, die Vorführung und Benutzung der Beweismittel ꝛc. abgeschnitten, und es sind ihm somit Befugnisse und Prozeßhandlungen, welche als Mittel der erlaubten Strafverfolgung anzusehen sind, versagt worden. Es ist dies als bei der Hauptverhandlung geschehen zu betrachten, oder, wenn man mit dem Erkenntnis voriger Instanz annehmen wollte, es sei nicht bei der Hauptverhandlung geschehen, da eine solche gar nicht stattgefunden habe, so würde das, was Art. 306 d. StPOrdn. unter Nr. 4 von Versagung einzelner Befugnisse oder Proceßhandlungen bei der Hauptverhandlung anordnet, nach dem Schlusse vom Mehreren zum Minderen um so mehr gelten müssen, wenn die ganze Hauptverhandlung und damit natürlich auch alle einzelnen in derselben vorzunehmenden Proceßhandlungen abgeschnitten worden sind.

„Zu Anwendung des Nichtigkeitsgrundes Nr. 5 des Art. 306 d. StPO. fragt es sich daher nur noch, ob diese Versagung gesetzwidrig geschehen sei?

„Wenn Art. 374 d. StPOrdn. im 4. Absatz vorschreibt, daß, wenn der Ankläger in dem Gerichtstage nicht erscheint, ohne weitere Verhandlung auf Verlust der Anklage erkannt werden soll, so sind hinsichtlich der Ungehorsamsbeschuldigung und des Zeitpunkts des Eintritts der Folgen des Ungehorsams keineswegs die Grundsätze des Civilprocesses herbeizuziehen, denn das Verfahren bei Injuriensachen nach dem XIX. Capitel der StPOrdn. ist eine Art des Strafverfahrens, auf welche civilprocessualische Grundsätze nur insoweit anzuwenden sind, als das Gesetz ausdrücklich darauf verwiesen hat. Nach dem Geiste und Zweck des Strafverfahrens, wie er sich auch in Artt. 219—222 d. StPOrdn. resp. in den an deren Stelle getretenen §§. 56. 57 des Gesetzes vom 24. Novbr. 1854 ausspricht, ist aber anzunehmen, daß das Versäumnis erst eintritt, wenn der Angeklagte in dem ganzen für die Sache laufenden Termin, mithin in der Zeit von Eröffnung der Terminsverhandlung an bis zu deren Schluß — welcher durch ausdrücklichen Ausspruch des Vorsitzenden geschehen kann (Art. 251 d. StPOrdn.) oder doch jedenfalls mit Verkündigung des Urtheils eintritt — nicht erscheint. Findet sich daher der Ankläger noch innerhalb dieser Terminszeit und vor eingetretenem Schluß der Verhandlung ein, so kann darum, weil er nicht gleich bei dem Aufruf der Sache zugegen war, der Termin nicht als von ihm versäumt und der Ankläger nicht seiner Anklage verlustig erachtet werden; er ist vielmehr noch mit seinen ihm in der Hauptverhandlung gesetzlich zustehenden Befugnissen und Proceßhandlungen zuzulassen.

„Im vorliegenden Falle ist nun der Ankläger sogleich nach Aufruf der Sache und ehe etwas darüber niedergeschrieben, geschweige die Verhandlung förmlich für geschlossen erklärt worden war, durch Anwalt im Termin erschienen, er hat mithin den Termin nicht versäumt und konnte und mußte mit seinen materiellen Ausführungen noch gehört werden. Zwar war der Ankläger unter der Verwarnung geladen worden, daß, wenn er bei dem Aufrufe der Sache fehle, ohne weitere Verhandlung auf Verlust der Anklage erkannt werden solle; allein zu dieser Androhung ist das Gericht durch kein Gesetz ermächtigt; das Gesetz will vielmehr erst auf Verlust der Anklage erkannt haben, wenn der Ankläger in dem Gerichtstage nicht erscheint.

Digitized by Google

„Es ist daher im vorliegenden Falle die Versagung der dem Ankläger in der Hauptverhandlung zustehenden materiellen Befugnisse und Proceßhandlungen auch gesetzwidrig geschehen, und es liegen daher die Voraussetzungen des Nichtigkeitsgrundes Nr. 4 des Art. 306 d. StPOrdn. allenthalben vor, und es fällt dieser Fall, da schon aus demselben Nichtigkeitsgrund appellirt war, und das Gericht zweiter Instanz nicht auf Nichtigkeit erkannt, der Ankläger aber die Nichtigkeitsbeschwerde wiederholt hat, unter Nr. 1 des Art. 332 d. StPOrdn."

CCCLXXIV.

Zu Art. 371 u. 372 d. StPOrdn.

In einer vor dem ꝛc. Justizamt zu Rudolstadt verhandelten Injurien-Anklagesache hatte der Ankläger Th. zum Beweis der Anklage in derselben Eine Zeugin angegeben. Nachdem Vorverhandlungstermin gestanden hatte und Hauptverhandlungstermin anzuberaumen war, machte der Ankläger dem Justizamt die Anzeige, er habe für die Wahrheit seiner Anklage einen neuen Zeugen entdeckt, machte solchen namhaft und bat um dessen Mitvorladung zur Hauptverhandlung. Das Justizamt wies unter Bezugnahme auf Art. 371 d. StPOrdn. diesen Antrag ab und lud diesen neuen Zeugen zur Hauptverhandlung nicht mit vor. Am Schluß derselben wurde auf einen vom Angeklagten zu leistenden Reinigungseid erkannt, der Angeklagte appellirte dagegen, der Ankläger berief sich in seiner desfallsigen Gegenausführung abermals auf den entdeckten neuen Zeugen und bat nach dem Schlußsatz des Art. 323 d. StPOrdn. um Mitvorladung desselben zur Appellationsverhandlung. Das Kreisgericht wies diesen Antrag zurück, weil dieses Beweismittel nicht als ein neues angesehen werden könne, indem es bereits in erster Instanz aberkannt worden sei. — In dem Appellationsverhandlungstermin brachte der Ankläger den nachträglich angegebenen Zeugen mit zur Stelle und wiederholte seinen Antrag auf dessen Vernehmung, es wurde derselbe jedoch abermals verworfen und schließlich vom Kreisgericht der Angeklagte von der Anklage unbedingt freigesprochen.

Auf die nunmehr von dem Ankläger auf Grund des Art. 306 Ziff. 4 d. StPOrdn. dagegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch OAGUrtheil vom 24. Novbr. 1864 (Nr. 244) erkannt worden, es sei die Beschwerde als unbegründet zu verwerfen.

„Im gewöhnlichen Strafproceß können" — wird in den Gründen bemerkt — „vom Ankläger auch noch nach der Anklageschrift und nach ertheiltem Verweisungserkenntnisse Zeugen angegeben werden — §. 51 des Gesetzes vom 24. November 1854 — und der Verklagte kann Zeugen, deren Benennung in der ordentlichen Frist er versäumt hat, auch zur Hauptverhandlung selbst mitbringen — §. 38 dess. Gesetzes. — Das Gericht kann selbst von Amts

Digitized by Google

wegen neue Beweismittel zuziehen und erheben — Art. 246 d. StPOrdn. — Selbst in der Appellationsinstanz können beide Theile neue Zeugen angeben; und diese sind dann, wenn sie nicht ganz unerheblich sind, noch abzuhören — Artt. 322. 323. 325 d. StPOrdn. Ganz abweichend hiervon ist aber das für Injurienhändel im XIX. Capitel der StPOrdn. vorgeschriebene besondere Verfahren. Hier ist in Art. 371 ausdrücklich vorgeschrieben, daß der Ankläger seine Beweismittel in der Anklageschrift anzugeben hat, und daß spätere Angaben unzulässig sind, und der Angeklagte hat nach Art. 372 seine Beweismittel bei Verlust derselben im Vorverhandlungstermine anzugeben. Hierdurch ist nicht nur die spätere Nachbringung von Zeugen für das Verfahren in erster Instanz für die Anklage abgeschnitten, sondern auch für die Appellationsinstanz, theils wegen der ganz allgemeinen Vorschrift in Art. 371: „„Spätere Angaben derselben sind unzulässig"", theils weil sich ein Grund dafür, daß zwar im Verfahren erster Instanz bis zur Hauptverhandlung ein Nachbringen von Zeugen für unzulässig, dagegen im Verfahren zweiter Instanz wieder für zulässig habe erklärt werden sollen, nicht wohl auffinden läßt.

„Wenn daher das ꝛc. Kreisgericht in der Appellationsinstanz den nachträglich angegebenen Zeugen nicht abhörte, sondern zurückwies, so hat dasselbe nicht gesetzwidrig gehandelt, es fehlt mithin an einer Voraussetzung des Nichtigkeitsgrundes Nr. 4 des Art. 306 d. StPOrdn."

CCCLXXV.

Zu Art. 221 Ziff. 2 d. StGBuchs.

Auf von der Staatsanwaltschaft gegen den Webermeister Sch. zu F. nach Art. 221 Ziff. 2 d. StGB. erhobene Anklage, weil er verdächtig war, aus der verschlossenen Scheuer des ꝛc. K. daselbst eine Quantität Heu zur Nachtzeit entwendet zu haben, wurde durch Erkenntnis des ꝛc. Kreisgerichts zu R. der Angekl. dieses Diebstahls für schuldig erachtet und auf Grund des Art. 221 Ziff. 2 und Art. 216 d. StGB. zu einer 10wöchentlichen Arbeitshausstrafe ꝛc. verurtheilt. Das Scheuerthor war am Abend vor dem Diebstahl verschlossen und der zur Scheuerthür gehörige Schlüssel in der Stube des K. in Verwahrung genommen worden, am Morgen danach um 2½ Uhr fand man aber das Scheuerthor offenstehend, ohne daß sich am Schloß desselben eine Beschädigung wahrnehmen ließ, und man zog daraus den Schluß, daß sich der Dieb zur Verübung des Diebstahls eines Nachschlüssels bedient haben müsse. Das Kreisgericht nahm in seinem Erkenntnis sowohl den Diebstahl als auch die Qualification desselben, daß der Angekl. die verschlossene Scheuerthür mittels eines nachgemachten Schlüssels, Dietrichs oder sonstigen Werkzeugs in der Absicht zu stehlen eröffnet habe, als erwiesen an.

Auf Appellation des Angekl. erfolgte ein reformatorisches Erkenntnis des ꝛc. Appellationsgerichts zu E., welches nur einfachen Diebstahl

Digitized by Google

annahm und die erkannte Strafe auf vier Wochen Gefängnis herabsetzte.

Die Oberstaatsanwaltschaft erhob dagegen Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Auslegung des Art. 221 Ziff. 2 d. StGB., es ist aber durch Urtheil des ꝛc. OAG. vom 21. Dec. 1864 (Nr. 277) diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und in den Gründen Folgendes bemerkt worden:

„Was zunächst die vom Angeklagten bestrittene formelle Zulässigkeit des vorliegenden Rechtsmittels anbelangt, so beruht zwar die Entscheidung voriger Instanz, insoweit sie als möglich und wahrscheinlich annimmt, daß der Angeklagte sich zur Eröffnung der fraglichen Scheuerthür eines dazu zwar nicht gehörigen, aber zufällig dazu passenden andern Schlüssels bedient habe, allerdings auf Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse und kann in soweit mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden. In sofern aber darin behauptet wird, daß ein solcher anderer, die Scheuerthür zufällig schließender Schlüssel überhaupt nicht unter den in Art. 221 Ziff. 2 d. StGB. aufgeführten „„nachgemachten Schlüsseln, Dietrichen, Sperrhaken und sonstigen Werkzeugen““ verstanden werden könne, ist die Entscheidung auf eine Auslegung des Strafgesetzes gestützt und dagegen die Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 306 Ziff. 6 d. StPO. zulässig.

„Was aber die Sache selbst betrifft, so ist die erwähnte Auslegung, welche das Erkenntnis voriger Instanz angenommen hat, für die richtige zu halten.

„Der Wortsinn ergibt, daß ein „„nachgemachter Schlüssel““ dem echten, sei es durch Neufertigung oder durch Umänderung eines vorhandenen nachgebildet, oder sonst für das fragliche Schloß passend gemacht sein muß. Dieses Erfordernis fehlt aber bei einem Schlüssel, welcher, für ein anderes Behältnis bestimmt, ohne besondere Vorrichtung zufällig das fragliche Schloß schließt. Diese Unterscheidung hat auch einen innern Grund für sich; denn wenn schon der Gebrauch des zufällig passenden andern Schlüssels objectiv für die Sicherheit verschlossener Behältnisse nicht weniger gefährlich ist, als der Gebrauch eines eigens hiezu gefertigten oder zugerichteten falschen Schlüssels, so steht doch der letztere in subjectiver Hinsicht auf höherer Stufe der Strafbarkeit, weil die Anfertigung eines neuen Schlüssels oder die Zurichtung eines alten zu dem fraglichen Zwecke einen höhern Grad des verbrecherischen Willens erfordert, als der Gebrauch eines bereits vorhandenen zufällig passenden Schlüssels, wenn nicht zu diesem Gebrauche ein weiteres qualificirendes Moment hinzukommt. Es liegt daher kein Grund vor, von der aus dem Wortsinn sich ergebenden Auslegung abzuweichen.

„Ebenso wenig kann man annehmen, daß ein zufällig passender Schlüssel, an welchem keine besonderen Vorrichtungen getroffen sind, ihn passend zu machen, unter den im Art. 221 sub 2 d. StGB. neben den nachgemachten Schlüsseln, Dietrichen und Sperrhaken noch erwähnten sonstigen Werkzeugen verstanden sei.“

Digitized by Google

CCCLXXVI.

Zu Artt. 97 u. 271 d. StPO. u. §. 57 d. Ges. v. 9. Dec. 1854 (Weimar).

Am 25. Jan. 1864 hatte der Forstlaufer B. zu R. beim fahrlässigen Gebrauch eines Jagdgewehrs, welches sich entladen, die Ehefrau des M. das. durch einen Schuß bedeutend verletzt, weil der Schuß in die Oberschenkel derselben gegangen war, von der großen Schrotenanzahl, vielleicht 80 Stück, nur 6 derselben hatten herausgenommen werden können und nach dem wundärztlichen Gutachten die Schußwunde zwar nicht für absolut letal aber doch für so gefährlich erklärt wurde, daß sie den frühern oder spätern Tod der Verletzten herbeiführen könne.

Bei der auf Veranlassung der Staatsanwaltschaft Kreisgerichtswegen durch den Ortsvorstand zu R. am 28. Januar bewirkten Vernehmung der M. über den Vorfall erklärte dieselbe: Auf eine Bestrafung des B. trage sie nicht an, allein sie müsse doch auf einer gerichtlichen Untersuchung in sofern bestehen, daß dabei ausgemittelt und festgestellt werde, in wie weit B. wegen der Heilungskosten aus seinen Mitteln verpflichtet sei.

Am 3. April erklärte die M. in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann vor dem Ortsvorstand zu R., die fragliche Schußwunde sei zwar so weit geheilt, daß sie das Bett wieder verlassen könne, doch müsse sie wegen der zurückgebliebenen Schroten viel Schmerzen ausstehen und sei zu vielen häuslichen und gewerblichen Verrichtungen unbrauchbar geworden, sie wollten wegen ihrer desfallsigen Entschädigungsansprüche sich mit B. zu vergleichen suchen, derselbe verweigerte aber die von den M...schen Eheleuten beanspruchten Beträge. Hierauf beantragten dieselben am 6. April noch die Einleitung einer Untersuchung gegen B. Es fand dieselbe auch statt und nach gepflogener Hauptverhandlung verurtheilte das ꝛc. Kreisgericht zu E. den B. wegen fahrlässiger Körperverletzung nach Artt. 135, 131 Ziff. 4 d. StGBuchs zu 15 Thlr. Geldbuße ꝛc.

Gegen dieses Straferkenntnis wendete der Angeklagte Appellation ein zugleich aus dem Nichtigkeitsgrund, daß der Staatsanwalt bei einem Verbrechen, welches nur auf Antrag des Beschädigten verfolgt werden könne, ohne einen solchen Antrag unberechtigter Weise aufgetreten sei ꝛc.; das ꝛc. Appellationsgericht zu E. erachtete diese Beschwerde für begründet und sprach den Angeklagten von der wider ihn erhobenen Anklage frei.

Auf die von der Oberstaatsanwaltschaft dagegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch OAGUrtheil vom 21. Dec. 1864 (Nr. 276)

Digitized by Google

dieselbe als unbegründet verworfen worden, mit Beifügung folgender Gründe:

„Bei denjenigen Verbrechen, welche nach gesetzlicher Vorschrift nur auf den Antrag des Verletzten bestraft werden sollen, liegt es in dem Dispositionsrechte des Verletzten, ob er durch seinen Antrag eine Untersuchung und Bestrafung gegen den Thäter veranlassen will oder nicht; es liegt auch in seiner Dispositionsbefugnis, einen gestellten Strafantrag wieder zurückzunehmen und dadurch die fernere Untersuchung resp. Bestrafung abzuschneiden. Artt. 97. 271 d. StPO. u. §. 57 des Gesetzes vom 9. Dec. 1854. Wenn er jedoch einen gestellten Strafantrag einmal zurückgenommen hat, so ist dadurch sein Recht auf erneuerte oder wiederholte Stellung des Strafantrags erloschen, die Strafbarkeit der Handlung erscheint dann als durch Verzeihung des Beschädigten getilgt. Art. 70 d. StGB. und Artt. 271. 334 Absch. 2 d. StPO. Dasselbe muß auch der Fall sein, wenn der zum Strafantrag Berechtigte schon vor Stellung eines Strafantrags bestimmt erklärt, einen Strafantrag nicht stellen zu wollen. Er hat auch dann von seinem Dispositionsrecht einen unwiderruflichen Gebrauch gemacht, und die Strafbarkeit der Handlung erscheint auch hier als durch Verzeihung des Beschädigten getilgt. — So wurde es schon im älteren Strafrechte angesehen; so entspricht es der Natur der Sache. Einer Acceptation des Verzichtes auf den Strafantrag von Seiten des Thäters bedarf es in allen diesen Fällen nicht. Wenn hiergegen geltend gemacht wird, daß das Recht des Staats, ein Delikt zu bestrafen, nicht von der Willkür einer Privatperson abhängig gemacht werden könne, so wird dadurch zu viel bewiesen, indem dann noch weniger in eine vom Staat bereits anhängig gemachte Untersuchung durch Zurücknahme des Strafantrags des Betheiligten würde eingegriffen werden dürfen.

„Im vorliegenden Falle handelte es sich nun, da das Erkenntnis erster Instanz nur eine nach Art. 135 verbunden mit Art. 131 Nr. 4 d. StGB. zu bestrafende fahrlässige Körperverletzung angenommen hatte, um ein solches Delikt, welches nach Art. 136 d. StGB. nur auf Antrag des Beschädigten untersucht und bestraft werden konnte.

„Die Beschädigte hat nun zwar unterm 6. April d. J. einen solchen Strafantrag gestellt, und die Anklageschrift hat sich ausdrücklich auf diesen Strafantrag bezogen.

„Allein die Beschädigte hatte früher schon am 28. Januar d. J. zu Protokoll erklärt, auf eine Bestrafung des B. wegen fahrlässiger Handlung trage sie nicht an. Da sie diese Erklärung vor dem Gemeindevorstande abgegeben hatte, welcher von dem Untersuchungsrichter mit ihrer Vernehmung darüber, ob sie einen Strafantrag stellen wolle, beauftragt worden war, so ist diese Erklärung nicht bloß als eine enunciative Äußerung aufzufassen, sondern als eine dispositive Erklärung, daß sie überhaupt auf einen Strafantrag verzichte. Wenn die Beschädigte noch hinzufügte: sie müsse doch auf einer gerichtlichen Untersuchung insofern bestehen, daß dabei ermittelt und festgestellt werde, in wieweit B. wegen der Heil- und Medicinal- auch Pflegekosten aus seinen Mitteln verpflichtet sei, so betrifft diese Äußerung bloß ihre civilrechtlichen Ansprüche und kann auf den Strafpunkt, welcher durch ihre ganz unzweideutige Erklärung, keinen Strafantrag stellen zu wollen, voll-

Digitized by Google

kommen erledigt war, keinen Einfluß äußern, da dadurch die Befriedigung ihrer Civilansprüche auch nicht zu einer Bedingung des Verzichts auf den Strafantrag gemacht worden war. Ebensowenig Einfluß kann ihre weitere, ganz überflüssige Äußerung haben, daß, wenn der Heilungsproceß einen unglücklichen Ausgang nehmen und ihren Tod veranlassen sollte, sie es dann den Gerichten zur Erwägung übergeben müsse, ob nicht eine Bestrafung des B. wegen fahrlässiger Handlung als unbedingte Folge eintreten müsse.

„Hatte sonach die Beschädigte schon unterm 28. Januar d. J. auf Stellung eines Strafantrags gegen B. verzichtet und war dadurch die Strafbarkeit der Handlung desselben getilgt, so war der später am 6. April von der Beschädigten gestellte Strafantrag ungiltig und mußte ohne rechtliche Wirkung bleiben.

„Hat nun der Staatsanwalt dennoch unter Beziehung auf diesen ungiltigen Strafantrag die Einleitung und Fortführung einer strafrechtlichen Untersuchung gegen B. veranlaßt und ein Straferkenntnis gegen denselben erwirkt, so ist er bei einem Verbrechen, welches nur auf Antrag des Betheiligten verfolgt werden konnte, ohne einen solchen Antrag aufgetreten; es lag daher der Nichtigkeitsgrund Nr. 2 d. Art. 306 d. StPOrdn. vor und das ꝛc. Appellationsgericht hat mit Recht in zweiter Instanz auf Nichtigkeit erkannt."

Correspondenz. 4) D. in G. Über den Judeneid nach gothaischem Privatrecht. 5) E. in W. In wiefern sind nach den für das Großherzogthum S. Weimar-Eisenach geltenden gesetzlichen Bestimmungen Erbpachts-Gefälle ablösbar?

Digitized by Google

Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen ꝛc.

Mittheilungen aus der Spruchpraxis des H. Appellationsgerichts zu Altenburg über Gegenstände des Proceßrechts.

(Fortsetzung von Bd. XI S. 352 ff.)

Von dem Herrn Appellationsgerichtsrath Dr. Hase zu Altenburg.

2) Abänderung des rechtskräftig auferlegten Veritätseides in einen Credulitätseid.

In einer vor dem Gerichtsamt R. anhängigen Ordinarproceßsache hatten die Kläger, die beiden Maurermeister T., Vater und Sohn, in der Klagschrift behauptet, daß bei Ausführung eines Bauaccordes, den sie für Beklagten, den Gutsbesitzer H., übernommen, letzterer bei ihnen während des Baues und zwar gegenüber T. jun. (der den Bau besonders geleitet) verschiedene Erweiterungen und Mehrarbeiten bestellt habe, die sie darauf auch ausgeführt hätten und wofür ihnen Beklagter noch neben der Bauaccordsumme gewisse, in der Klage geforderte Extravergütungen schuldig geworden sei. Der Beklagte leugnete zum größten Theil die Bestellung resp. die Ausführung dieser Extraarbeiten, gab aber den darüber ihm angetragenen Schiedseid den Klägern zurück. Durch das darauf ertheilte Erkenntnis wurde darauf den Klägern das Relatum mit Folgendem auferlegt: „Würden die Kläger den ihnen deferirten und referirten Eid über membr. — dahin ableisten, daß sie wegen der vom Beklagten bestellten Tieferlegung der Grundmauer ꝛc. so und so viel Grund mehr zu graben und zu bauen gehabt hätten u. s. w. (folgte die weitere Specifikation der einzelnen Bestellungen und Arbeiten), so ist Beklagter schuldig, den Klägern die libellirten Entschädigungssummen zu gewähren.“ Das Gerichtsamt formelte in Gemäßheit dieser Entscheidung den auferlegten Schiedseid für beide Kläger zunächst als Veritätseid. Allein nach Zufertigung dieser Eidesnotel wurde von dem älteren T. hiergegen Widerspruch erhoben, indem derselbe geltend machte, daß, wie auch schon in der Klage angeführt worden, die betreffenden

Digitized by Google

Arbeiten bei ihnen gegenüber seinem Sohne bestellt worden seien, daß hauptsächlich dieser den ganzen Bau geleitet und die Auslagen bewirkt habe, auf welche sich die geforderten Extravergütungen stützten, und daß er daher den fraglichen Eid seinerseits zum größten Theil nur de credulitate zu leisten vermöge, während sein Sohn zur Ableistung desselben de veritate bereit sei. Er bat deshalb in mehreren Richtungen um Umwandlung des Veritäts- in einen Credulitätseid. Das Gerichtsamt glaubte auf diesen Antrag nicht eingehen zu dürfen und verwarf ihn mit Bezug darauf, daß die geltend gemachten Einwendungen des eidespflichtigen Beklagten nicht Einwendungen gegen die Eidesformel, sondern gegen den Eid selbst in seiner Qualität als Veritätseid seien, das Erkenntnis aber, welches auf diesen Eid erkannt habe, rechtskräftig geworden sei. Auf dawider eingewendete Appellation erkannte dagegen das H. Appellationsgericht dahin, daß dem gestellten Antrag des Beklagten stattzugeben sei, und zwar aus folgenden Gründen:

„Zunächst ist die vom Gerichtsamt der ertheilten Resolution zu Grunde gelegte Ansicht, daß der fragliche Eid beiden Klägern schon rechtskräftig de veritate zuerkannt worden sei, nicht als richtig zu bezeichnen. Das letzte Erkenntnis hatte keine besondere Veranlassung, über die Art, wie die zu beschwörenden Thatsachen zu beeidigen seien, sich bereits ausdrücklich auszusprechen. Der Natur der Sache nach wurde daher eine Fassung gewählt, welche zunächst nur feststellte, daß diese Thatsachen von den Klägern zu beschwören seien. Die Art und Weise, wie eine Thatsache von der eidespflichtigen Partei zu beschwören ist, läßt sich überhaupt nicht immer schon bei Fassung des Erkenntnisses, welches den Eid aufzuerlegen hat, genau und unabänderlich bestimmen, und es ist deshalb auch unter den Proceßlehrern allgemein anerkannt, daß, insofern nicht bereits über die Frage, ob ein Eid de credulitate oder de veritate zu schwören sei, zwischen den Parteien gestritten und mit Bezug darauf der Eid ausdrücklich als Veritätseid auferlegt worden ist, es dem die Eidesleistung selbst leitenden Richter immer noch unbenommen bleibt, ja derselbe dazu verpflichtet ist, die Eidesleistung auch nur de credulitate zuzulassen, wenn sich ergibt, daß der juraturus bei den zu beschwörenden Thatsachen nicht selbst concurrirt hat (Osterloh, d. ordentl. bürg. Proceß n. K. Sächs. Rechte §. 257 Nr. 10, §. 258 Nr. 22, 25, §. 260 Nr. 38; Kori, Proceß §. 42; Biener, Systema proc. §. 99 verb. Itaque judicis est, formulam sacramenti adcommodare ad facta, etiamsi nulla ejus rei mentio in sententia fiat; Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. VI S. 9)*). In dem vorliegenden Falle handelt es sich nun darum, daß von den beiden Klägern, welche bezüglich der Ausführung des libellirten Baues nach den eigenen Angaben des Beklagten und nach rechtskräftigem Ausspruch in einem Communionsverhältnis gestanden haben, der eine — der Appellant — jetzt behauptet, es seien einige von den libellirten Arbeiten nicht unmittelbar bei ihm, sondern bei seinem Compagnon bestellt und resp. auch von diesem,

*) Vgl. noch Seuffert, Arch. f. Entscheid. d. obersten Gerichte, Bd. VIII Nr. 328, Bd. X Nr. 106, Bd. XI Nr. 195.

Digitized by Google

der überhaupt die unmittelbare Ausführung des Baues geleitet, zur Ausführung gebracht worden, so daß er über diese Bestellung und Ausführung als ihn nicht unmittelbar berührende Fakta nur de credulitate schwören könne. Daß nun eine solche Erklärung und das darauf gestützte Verlangen, zum Credulitätseid zugelassen zu werden, zu berücksichtigen sei, konnte nicht wohl bezweifelt werden, zumal hierbei noch unterstützend hinzutritt, daß die bisher ergangenen Akten allerdings bereits Andeutungen an die Hand geben, daß die Angaben des Appellanten in Wahrheit beruhen."

Diese appellationsgerichtliche Entscheidung ward darauf auch in dritter Instanz von dem OAGericht Jena lediglich bestätigt*).

3) Die Execution rechtskräftig entschiedener Klagposten kann durch das Vorhandensein noch anderer illiquider nicht gehindert werden.

In demselben Processe war der Beklagte durch das rechtskräftig gewordene Erkenntnis hinsichtlich dreier Posten (zweier Geldposten mit Verzugszinsen vom Tage der Klaginsinuation und eines Eimers Schnaps mit Verzugsaufmaß von demselben Zeitpunkt an) unbedingt, für den Fall aber, daß die Kläger den ihnen über den andern Theil des Klaggrundes zurückgegebenen, in dem Erkenntnisse so, wie oben erwähnt, formulirten Eid leisten würden, auch in Bezahlung der übrigen geklagten Posten im Betrage von 250 Thlrn. 3 Ngr. mit Verzugszinsen, sowie alsdann zugleich in Bezahlung sämmtlicher gerichtlicher und außergerichtlicher Proceßkosten verurtheilt worden. Außerdem wurde dem Beklagten noch der Beweis der Einreds einer geleisteten Mehrzahlung von 12 Thlrn. und für diesen, sowie den weiteren Fall, daß die Kläger das Relatum nicht oder nicht vollständig leisten würden, wegen der alsdann eintretenden ferneren Abminderung der Verpflichtung des Beklagten in Betreff der nur bedingt zuerkannten Posten und der Kosten halber weitere Rechtsgebühr vorbehalten. Noch bevor wegen Ableistung des auferlegten Relati der erforderliche Schwörungstermin anberaumt worden war, reichten nun die Kläger ein Berechnungs- und Hilfsgesuch ein, in welchem sie um Einleitung des Executionsverfahrens wegen der ihnen unbedingt zugesprochenen Klagposten baten. Das H. Gerichtsamt R. verweigerte, diesem Antrage stattzugeben. In der abweisenden Resolution und dem später deshalb erstatteten Rechtfertigungs-

*) Nach §. 21 d. Zusätze u. Erläut. z. Altenb. Proceßordn. v. 7. April 1823 ist übrigens vorauszusetzen, daß die Anbringung solcher Anträge spätestens 14 Tage vor Eintritt des Schwörungstermins erfolge, da sie unter den Begriff von Einwendungen gegen die Eidesnoteln fallen. In einem neueren Falle wurde deshalb dahin erkannt, daß ein erst im Schwörungstermin selbst gestellter bezüglicher Abänderungsantrag als verspätet nicht zu berücksichtigen sei.

Digitized by Google

bericht berief es sich hauptsächlich darauf, daß das ertheilte Erkenntnis sich doch immer nur als ein Zwischenerkenntnis darstelle und daneben die Ertheilung einer Definition, möge nun das Relatum vollständig ausgeschworen und der dem Beklagten nachgelassene Einredebeweis angetreten werden oder nicht, immer unerläßlich bleibe. Auch fasse das Erkenntnis beide Condemnationen, die unbedingte und die noch von der Eidesleistung abhängig erklärte, nur als eine einzige zusammenhängende Verurtheilung auf, wie sich insbesondere daraus erkennen lasse, daß die Verpflichtung zur Tragung und Erstattung der Proceßkosten lediglich von der Voraussetzung abhängig gemacht worden sei, daß die unbedingte und die bedingte Verurtheilung vollständig werde wirksam werden. Dagegen sei der auf die unbedingt entschiedenen Klagposten zu rechnende Kostenantheil noch nicht in bestimmter Quote entschieden, und doch könnten nach der Tilgung des Hauptstamms die Kosten nicht besonders gefordert und zugesprochen werden. Die fraglichen Klagposten erschienen deshalb noch nicht als nach allen Seiten liquid. Allein auch außerdem könne man die Einleitung eines doppelten Executionsverfahrens in dem nemlichen Processe nicht für zulässig erachten. Wenn sich bei Mevius, decis. VII 57 n. 8, Martin, Lehrb. d. bürgerl. Proc. §. 266 N. h. und v. Bayer, Vorträge S. 714 (6. Aufl.) dafür auf Fr. 5 Dig. de statuliberis (40, 7), Fr. 21 Dig. de reb. cred. (12, 1) und c. 15 Cod. de sent. et interloc. (7, 45) berufen werde, so paßten die beiden ersten Texte gar nicht, weil sie nur davon sprächen, daß der Gläubiger annehmen müsse, was ihm der Schuldner freiwillig als sein debitum zugestehe und offerire; die dritte Stelle sei nicht glossirt und gebe auch nur dem Richter die Befugnis, über einzelne von mehreren cumulirten Klagen definitiv zu erkennen, und wegen der übrigen, illiquid gebliebenen das Proceßverfahren fortzusetzen, nicht aber räume sie dem zum Theil obtinirenden Kläger die Licenz ein, seinen unter objektiver Klagenhäufung einmal begonnenen Einen Proceß nach und nach während des Verlaufes desselben in ebenso viele einzelne Processe zu zerreißen, als wie viele auf je besondern Gründen beruhende Ansprüche er anfangs zu Einer Klage vereinigt gehabt habe. Nach Danz, ordentl. Proc. §. 26, Glück, Commentar §. 284 c. (Bd. IV S. 18), Linde, Lehrb. §. 193 Nr. 2, Biener, System. proc. §. 55 i. f. sei über alle objektiv cumulirten Klagen nur ein Proceß zu führen und durch das nemliche Urtheil zu entscheiden, woraus folge, daß es in solchem Processe auch nur Ein Klag-, Beweis- und Hilfsverfahren geben könne. Wenn sächsische Proceßlehrer, wie Pfotenhauer, doctr. proc. §. 299, Biener l. l. not. 12, Volkmann, System 157 Not. 2, Osterloh, ord. bürgerl. Proc. §. 216

Digitized by Google

Not. 18, in derlei Fällen dem Richter verstatteten, sogleich in dem ersten Erkenntnisse wegen der cumulirten Klaganssprüche, welche ohne dawider vorgebrachte Einreden pure eingeräumt seien, definitiv zu condemniren, wegen der geleugneten und der mit peremtorischen Einreden bekämpften aber auf Beweis zu interloquiren, so könne, abgesehen davon, daß sich diese Doctrin immer nur auf die nicht glossirte c. 15 Cod. 7, 45 stütze, eine derartige Condemnation weiter keine Wirkung haben, als eine Entscheidung dahin, daß es bei dem erfolgten Zugeständnisse vor der Hand „sein Bewenden behalte", theils weil die für eingeräumt und unstreitig erachteten Ansprüche fortwährend wegen des Kostenpunktes mit den illiquiden conner bleiben, theils weil, wenn man durch ein auch auf die antheiligen Proceßkosten gerichtetes Erkenntnis die liquiden Klagposten auch ganz ausscheiden wollte, wider die Vorschrift in Fr. 21 D. 12, 1 und Fr. 1 §. 10 D. 39, 1 nur eine Vermehrung der Processe herbeigeführt würde. Der Kläger aber werde sich nicht zu beschweren haben, wenn er mit seinem Hilfsgesuche so lange warten müsse, bis der eine Proceß, zu welchem er seine vielerlei Klagen freiwillig cumulirt habe, auch bis zu seiner einen Executionsinstanz gediehen sei. — Auf dawider vom Kläger eingewendete Appellation erkannte jedoch das H. Appellationsgericht auch in dieser Beziehung reformatorisch dahin, daß dem Antrage Klägers gemäß die Ausfertigung auf das Berechnungs- und Hilfsgesuch nicht zu versagen sei. Hierzu wurde als Begründung bemerkt:

„Es muß als ein allgemeiner Satz des civilprocessualen Verfahrens betrachtet werden, daß das Liquide von dem Illiquiden abzusondern und daß für das erstere, wenn einmal die Eigenschaft der Liquidität vollkommen feststeht, die Rechtshilfe mit möglichster Beschleunigung, auch unerwartet der Entscheidung über das Illiquide, zu verstatten ist. Dieser Satz folgt schon aus den obersten Grundsätzen des Civilproceßrechtes, insbesondere aus der allgemeinen Pflicht des Richters, den Parteien möglichst schnell zu ihrem Rechte zu verhelfen und die Streitigkeiten möglichst auf das rechte Maß zurückzuführen, so unmittelbar, daß derselbe auch ohne positive Festsetzung als Norm betrachtet werden müßte; es ist derselbe aber auch in den bereits vom H. Gerichtsamt citirten Stellen des gemeinen Rechts, wie nicht minder in mehreren Stellen unserer particularen Rechtsquellen, z. B. der Proceßordnung S. 195, Constit. über die fleischlichen Vergehen §. 66, S. 277 d. Ges.-Samml. v. 1823, ausdrücklich anerkannt. Ebenso sind darüber sowohl die Lehrer des gemeinen Rechtes, vgl. z. B. Martin, Lehrb. §. 266 Not. h, Linde, Lehrb. §. 368 a. E., v. Bayer, Vorträge (8. Aufl.) S. 1119, als des Sächsischen Rechtes, Pfotenhauer, doctr. proc. §. 299, Volkmann, System §. 157 Not. 2, Osterloh, Lehrb. Bd. II §. 350 Not. 3, in der That einstimmig. Es kann dabei nichts darauf ankommen, wenn auch mehrere dieser Rechtslehrer, wie nicht minder die Stelle der Landesproceßordnung diesen Grundsatz der Scheidung des Liquiden von dem Illiquiden

Digitized by Google

und der alsbaldigen Gewähr der Rechtshilfe für das erstere nicht gerade für dasjenige Stadium des Processes aussprechen, in welchem sich hier im vorliegenden Falle der Rechtsstreit befindet, oder wenn, wie dies bei der aus der Const. vom 7. Juli 1823 angeführten Stelle der Fall ist, dabei zunächst nur von dem Verfahren über eine bestimmte Classe von Ansprüchen die Rede ist. Das Wesentliche ist die Feststellung des Grundsatzes selbst; daß aber alle an den angegebenen Stellen gegebenen Regeln und Entscheidungen auf denselben allgemeinen Grundsatz, wie er soeben ausgedrückt worden, zurückzuführen sind, kann bei der Mannigfaltigkeit der Anwendung, die aus derselben hervorleuchtet, einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen. Nur als eine Anwendung davon, die eben deshalb auch einer weitern Rechtfertigung durch ein Specialgesetz gar nicht bedarf, muß es nun erscheinen, daß der Richter danach auch gehalten ist, beim Vorliegen eines Erkenntnisses, welches unbedingte und völlig liquide Verurtheilungen des Beklagten neben bedingten und deshalb noch illiquiden enthält, dem Kläger auf diesfallsigen Antrag die Execution betreffs der erstern auch schon vor weiterem Austrag der illiquiden Posten nicht zu versagen. Mit Bestimmtheit entscheidet diesen Fall in nur gedachter Weise auch Osterloh a. a. O. Der Umstand, daß hierdurch möglicher Weise ein doppeltes Executionsverfahren aus demselben Processe entsteht, kann dawider als ein beachtenswerther Gegengrund nicht in Rücksicht kommen. Die immerhin wünschenswerthe Vereinfachung des Verfahrens muß sich in dieser Beziehung jedenfalls dem Rechte unterordnen, welches der Kläger mit dem Eintritt der rechtskräftigen Entscheidung erlangt hat. Auch der an sich unbestreitbare Satz, daß bei einer objektiven Cumulation mehrerer Klagposten über alle nur ein Proceß geführt wird und das Urtheil sich über alle Posten zu verbreiten hat, steht dem nicht entgegen. Die Verbindung mehrerer cumulirten Klagen erzeugt allerdings die Nothwendigkeit, im Klag- und Beweisverfahren die Einheit zu erhalten; allein wenn einmal über eine Post völlig definitiv entschieden ist, so läßt sich ein Grund, auch das Hilfsverfahren darüber bis zum Eintritt des Hilfsverfahrens über die andern Posten aufzuschieben, um so weniger absehen, als diesem Verfahren eine weit größere Selbständigkeit zukommt, als den andern Abschnitten des Verfahrens, wie sich dies insbesondere dadurch auch zeigt, daß die Ausführung der rechtskräftigen Entscheidung sogar mittelst einer eigenen actio judicati in einem eigenen selbständigen Proceß verfolgt werden kann. Bei allen diesen Sätzen ist es freilich als eine nothwendige Voraussetzung angenommen, nicht bloß daß die Posten, wegen deren alsbaldige Execution nachgesucht wird, völlig liquid sind, sondern daß sie namentlich auch nicht mit dem illiquiden Theile des Erkenntnisses in einer solchen Verbindung stehen, daß durch die Execution irgendwie in das annoch Illiquide eingegriffen werde. Diese Voraussetzungen hat man aber hier auch als vorhanden annehmen müssen. Der Beklagte ist in Bezahlung der Posten, wegen deren jetzt Execution nachgesucht ist, kategorisch verurtheilt, es ist nicht bloß ausgesprochen worden, daß es bezüglich dieser Posten bei den betreffenden Zugeständnissen oder Überführungen „„bewende"", für welchen letzteren Fall die Sache allerdings sich anders gestaltet haben würde (vergl. auch Osterloh a. a. O. §. 350 Not. 11). Es lassen sich aber ferner auch die gedachten Posten sämmtlich von den noch unter die Bedingung der Abschwörung eines relati gestellten andern Theilen des Erkenntnisses vollständig trennen. Was insbesondere den Kostenpunkt be-

Digitized by Google

trifft, über den die Entscheidung allerdings auch bezüglich des wegen der jetzt schon liquiden Forderungen etwa zu bemessenden Theils noch von der Ableistung des relati abhängig gemacht worden ist, so kann dieser Punkt der nachgesuchten Execution um deswillen ein Hindernis nicht entgegenstellen, weil der Executionsantrag auf diese Kosten sich gegenwärtig gar nicht mit erstreckt, auch bezüglich dieser Kostenpflicht jedenfalls die Möglichkeit eines sachgemäßen Erkenntnisses vollkommen intakt erhalten wird, mag nun die jetzt nachgesuchte Execution vollzogen werden oder nicht. Aus demselben Grunde ist auch der Einwand, daß Kosten nicht ohne die Hauptsache gefordert werden können, ganz ohne Belang. Denn abgesehen davon, daß es mit Rücksicht auf die novirende Wirkung der Litiscontestation fraglich bleibt, ob denn dieser Satz auch dann noch angewendet werden kann, wenn einmal Hauptstamm und Kosten durch die Klage gefordert worden sind, und nur späterhin bei der Execution der Hauptstamm eher zur Befriedigung kommt, als die Kosten, würde doch dieser Einwand nur der künftigen Exequirung des betreffenden Kostenantheils, nicht aber der jetzt beantragten Execution des Hauptstammes entgegengestellt werden können."

Entscheidungen praktischer Rechtsfälle.

(Forts. von S. 157 Bd. XII d. Bl.)

Mitgetheilt vom Herrn Appellationsgerichtsrath Bretschneider in Gotha.

22. Nach welchem Rechte richten sich die Ansprüche eines außerehelich gebornen Kindes, wenn der Schwängerer, bezüglich die in subsidium zur Alimentation des Kindes Verpflichteten in Ländern leben, wo hierüber verschiedenes Recht gilt?

Der Zusatz 94 zu den Neuen Beifugen zur Gothaischen Landesordnung bestimmt bezüglich der Rechte eines unehelich gebornen Kindes auf Erziehung und Alimentation: „Die im vorigen §. gedachten Ansprüche hat das uneheliche Kind nicht nur an seine beiderseitigen Eltern und Großeltern, sondern auch an den Staat selbst und zwar in folgender Ordnung zu machen: Vor allen Dingen ist der Vater und dessen eheliche Descendenz zur Erziehung, Verpflegung und Versorgung des Kindes und zwar ohne Concurrenz der Mutter desselben, verpflichtet. Stirbt der Vater ohne eheliche Descendenz, oder ist er nebst seiner ehelichen Descendenz zur Verpflegung und Versorgung des unehelichen Kindes nicht vermögend, so treten seine Eltern oder Großeltern an seine Stelle. Sind auch diese nicht mehr vorhanden, oder dazu nicht vermögend, so liegt die Erziehung, Verpflegung und Versorgung des Kindes der Mutter ob" ꝛc. Hiernach ist also eine subsidiäre Haftpflicht der ehelichen Descendenz und der Eltern des Schwängerers für die er-

Digitized by Google

wähnten Ansprüche des unehelichen Kindes gesetzlich sanctionirt, und wenn auch der Fall, daß die eheliche Descendenz des Schwängerers auf Erfüllung dieser ihr gesetzlich auferlegten Obliegenheit in Anspruch genommen wird, aus nahe liegenden Gründen selten vorkommt, so ist dies rücksichtlich der subsidiären Haftpflicht der Eltern ziemlich häufig der Fall. Zu welchen Härten diese Bestimmung führt, liegt auf der Hand und der Einsender kann auf Grund seiner längeren praktischen Erfahrung versichern, daß wiederholt Fälle vorgekommen sind, in welchen Eltern durch die Schuld ungerathener Söhne, die mehrere uneheliche Kinder gezeugt hatten, ohne die Mittel zu besitzen, den Ansprüchen derselben zu genügen, dem pekuniären Ruin entgegengeführt worden sind. Keinenfalls hat aber die erwähnte gesetzliche Vorschrift in das Rechtsbewußtsein des Volkes Eingang gefunden, vielmehr dürfte der Satz summum jus summa injuria nach der Ansicht des Volkes und wohl auch der Mehrheit der Juristen hier an seinem Orte sein.

Die Stimmen der Presse und der Landesabgeordneten, welche eine Änderung dieser gesetzlichen Bestimmung wiederholt in Anregung gebracht haben, sind jedoch bis jetzt ohne Erfolg gewesen und die Richter haben daher das eingangserwähnte Gesetz nach wie vor anzuwenden. Wie aber ist es zu halten, wenn die Ansprüche eines nicht im Gothaischen erzeugten Kindes bei Vermögenslosigkeit des Schwängerers subsidiär gegen die Eltern desselben geltend gemacht werden, wenn nach dem Recht des Orts, an welchem das Kind gezeugt wurde, eine solche Haftpflicht der Eltern nicht besteht? Das Herzogl. Appellationsgericht in Gotha hat sich über einen solchen Fall neuerdings folgendermaßen ausgesprochen:

„Die Frage, nach welchen Gesetzen der Vater eines im Auslande von ihm erzeugten außerehelichen Kindes bezüglich der Alimentationspflicht zu beurtheilen sei, gehört bekanntlich zu den bestrittensten und zwar dergestalt, daß gegenwärtig keine der verschiedenen Ansichten als die herrschende betrachtet werden kann, sowie auch die Praxis der verschiedenen Gerichtshöfe zur Zeit noch eine sehr verschiedene ist. Vergl. Puchta, Pandekten §. 316 und die daselbst Citirten. v. Savigny, System Bd. 8 §. 374. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten ed. 6. Bd. 1 S. 552 ff. Holzschuher, Theorie und Casuistik ed. 2. Bd. 1 S. 488. Civilistisches Archiv I 5. XII 7. XIV 18. XVII 3. XXIII 3. Schäffner, internationales Privatrecht S. 124. Seufferts Archiv ꝛc. Bd. 1 Nr. 153. Bd. 2 Nr. 4. Langenn und Kori, Erörterungen ꝛc. Bd. 3 S. 13. Römers, Sammlung der Entscheidungen des OAGerichts zu Lübeck III 7 S. 329 ff. Schletter, Jahrbücher ꝛc. Bd. 8 S. 219.

„Kann nun auch vorliegenden Falls, wo der Beischlaf, aus welchem das zu alimentirende Kind entsprungen ist, in Coburg stattgefunden hat, nicht wohl von einem im Auslande vollzogenen Beischlaf die Rede sein, so wird dadurch allein für die Entscheidung der vorliegenden Frage nichts ge-

Digitized by Google

wonnen, weil für die Rechte unehelicher Kinder auf Alimentation gegen den natürlichen Vater im Herzogthum Coburg andere gesetzliche Bestimmungen maßgebend sind, als im Herzogthum Gotha, die Frage, nach den Gesetzen welches Territoriums die Alimentationspflicht zu beurtheilen ist, daher immer zu lösen bleibt.

„Die für das Herzogthum Gotha geltende Constitution (Zus. 94 alleg.) verpflichtet nun zunächst den natürlichen Vater und dessen Descendenten bezüglich Ascendenten und legt nur, wenn diese nicht mehr vorhanden oder unvermögend sind, die Pflicht zur Erziehung und Alimentation der leiblichen Mutter des Kindes auf. In dem Falle, wo eine Frauensperson in so kurzer Zeit hintereinander mit mehreren Männern den Beischlaf vollzogen hat, daß der Vater nicht ermittelt werden kann, legt sie den Constupratoren die Alimentationspflicht in solidum auf, und überläßt die Wahl desjenigen, der in Anspruch genommen werden soll, dem Vormund (vergl. §. 52 Zus. 94). Dagegen weist das einschlägliche Coburger Gesetz (Nr. 317 der Cob. Ges.-Samml.) die Erziehung und Verpflegung eines außerehelichen Kindes zunächst der Mutter und ihren Verwandten zu (Art. 5 und 14) und verpflichtet den Schwängerer nur zu einem Beitrag, läßt diese Pflicht desselben zwar auf seine Erben übergehen (Art. 11), ohne aber seine Descendenten oder Ascendenten als solche gleichfalls zur Alimentation des unehelichen Kindes zu verpflichten.

„Es genügt diese wesentliche Verschiedenheit der Coburgschen und Gothaischen Gesetze zu constatiren, ohne daß es nöthig ist, auf die weiteren erheblichen Verschiedenheiten z. B. rücksichtlich der Verbindlichkeit der Constupratoren und der Bestimmungen über die präsumtive Länge der Zeit zwischen dem Beischlaf und der Geburt des Kindes einzugehen, da es sich vorliegenden Falls nur um die Frage handelt, ob die Eltern des vermögenslosen Schwängerers zur Alimentation des (mit einer Coburgerin in Coburg gezeugten und dort selbst geborenen) Kindes verbunden sind.

„Diese Frage war aber zu verneinen. Mag man nemlich auch den Grund der Verpflichtung des natürlichen Vaters zur Alimentation des Kindes auf ein Delikt, eine obligatio ex re oder ein Verwandtschaftsverhältnis zurückführen, so ist der faktische Entstehungsgrund doch lediglich in einem während der kritischen Zeit vor der Geburt des Kindes mit dessen Mutter vollzogenen Beischlaf zu suchen. Durch diesen wird der Ort des Beischlafs als Sitz der Obligation begründet. Hieraus ergibt sich, daß die unter einem anderen Gesetz erfolgte Begründung der obligatio in der Heimath des Schwängerers nur dann ihre Wirksamkeit äußern kann, wenn selbige sowohl am Ort der Entstehung, als am Wohnort des Schwängerers von den Gesetzen anerkannt wird, eine Ansicht, welche auch im Art. 12 des Coburg. Patents 517 gebilligt wird. Da nun das Coburger Recht eine selbständige Verpflichtung der Ascendenten zur Alimentation des außerehelichen Kindes des Schwängerers nicht kennt, — und ein darauf gerichteter Anspruch eines unter der Herrschaft des Gothaischen Gesetzes erzeugten unehelichen Kindes gegen die Ascendenten eines Coburger Schwängerers keinen Rechtsschutz gewähren kann, so kann die an und für sich singuläre und deshalb möglichst strikt zu fassende Bestimmung des Gothaischen Gesetzes, welches zunächst nur die unter seiner Herrschaft zur Entstehung kommenden Rechte zu normiren bestimmt ist, hier,

Digitized by Google

wo die Beklagten den Einwand ausdrücklich vorgebracht haben, nicht für anwendbar erachtet werden."

23. Die Verpflichtung der Eltern eines Schwängerers zur Alimentation seines außerehelich erzeugten Kindes nach Gothaischem Rechte.

Bezüglich dieser abnormen Bestimmung des sub Nr. 22 schon erwähnten Zusatzes 94 zu den N. B. mögen noch folgende, die Anwendung derselben näher erläuternde, Fälle hier Platz finden.

a. Der Schwängerer wurde unter Angabe der erforderlichen thatsächlichen Momente auf Leistung von Alimenten für das von ihm außerehelich erzeugte Kind in rechtlichen Anspruch genommen. Er versäumte sich an Abwartung des Verhörstermins und wurde deshalb in contumaciam ad petita libelli verurtheilt. Da er kein Vermögen hatte, wurden seine Eltern in Folge der mehrgedachten gesetzlichen Vorschrift auf Leistung der Alimente verklagt und zum Beweis des faktischen Klaggrundes auf das gegen den Schwängerer ertheilte Erkenntnis Bezug genommen. Der Unterrichter sowohl, wie das H. Appellationsgericht zu G. erachteten aber eine derartige Beweisführung für unzulässig, wobei sich letzteres folgendermaßen aussprach:

„Die Verurtheilung der Eltern ꝛc. zu solchen Alimenten sei ohne Feststellung der Vaterschaft der Mannsperson, welche mit der Mutter des unehelichen Kindes den Beischlaf vollzogen, nicht möglich und die Klage auf solche Alimente einer auf Anerkennung der Vaterschaft gerichteten Klage gleichzuachten. Sie habe insofern allerdings den präjudiciellen Charakter der eigentlichen Statusklagen, so daß in Bezug auf sie die für die letztere geltende Ausnahme von der Rechtsregel „res judicata facit jus inter partes" an und für sich angewendet werden und das Judicat jus inter omnes bestimmen könnte. Allein hier komme in Betracht, daß der Sohn der Beklagten, nicht in Folge eines Eingeständnisses oder eines gegen ihn erbrachten Beweises, sondern in Folge Ungehorsams verurtheilt worden sei, und daß Contumacialerkenntnisse in derartigen Fällen nicht geeignet seien, auch für dritte Personen Geltung zu erlangen; vergl. v. Savigny, System B. 6 S. 474. fr. 27 §. 1 D. 40, 12. fr. 24 D. 4, 3. fr. 5 pr. D. 20, 1. fr. 50 §. 1 D. 30 fr. 14 D. 49, 1.

„Es könne dies hier um so weniger geschehen, als der Schwängerer seine Absicht, sich dem klägerischen Anspruch unterwerfen zu wollen, auch auf andere Weise nicht zu erkennen gegeben, vielmehr gegen die Versäumnis des Termins und die darauf gebaute Contumacialweisung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht und dabei behauptet, daß er mit der Mutter des unehelichen Kindes in Unehren nicht zu thun gehabt.

„Aber auch wenn man von der Verpflichtung der Eltern aus der Verwandtschaft absehen und ihre Mitverpflichtung oder subsidiäre Haftpflicht in anderer Weise durch das Gesetz begründet annehmen wollte, würde das Ergebnis kein anderes sein, vielmehr müsse sich die Regel: res judicata facit jus etc. nur um so sicherer geltend machen."

Digitized by Google

b. Die vom Vormund des unehelichen Kindes auf Prästation der Alimente verklagten Eltern eines vermögenslosen Schwängerers wurden ausgänglich zu deren Leistung verurtheilt und suchten das dagegen eingewendete Rechtsmittel unter anderen damit zu begründen, daß sie behaupteten, die Klage behaupte nur, daß der Schwängerer unvermögend sei, nicht aber, daß er keine eheliche Descendenz habe, und daß auch diese unvermögend sei, während doch diese fehlenden Behauptungen zum Klagfundament gehörten, weil die Eltern des Schwängerers erst dann zur Alimentation seines unehelichen Kindes verpflichtet seien, wenn er keine oder gleichfalls unvermögende eheliche Descendenz habe.

Das Herzogl. Appellationsgericht hielt jedoch die Klage aufrecht, weil in der Anstellung der subsidiären Klage gegen die Eltern die Voraussetzung, daß näher Verpflichtete nicht vorhanden seien, welche zuerst in Anspruch genommen werden müssen, zu finden sei, und diese Voraussetzung hier um so unbedenklicher sei, als die Beklagten das Vorhandensein solcher näher Verpflichteten nicht einmal behaupteten.

c. Der Schwängerer war wegen seines geringen Einkommens zu den niedrigsten der vom Gesetz progressiv festgesetzten Alimentationsprästanda für sein außereheliches Kind verurtheilt worden, es waren jedoch auch diese von ihm nicht beizubringen. Als nunmehr der Vormund des Kindes die Eltern des Schwängerers auf Leistung der Alimente in Anspruch nahm, forderte er höhere Sätze, weil diese sich in leidlichen Vermögensverhältnissen befanden und daher auch höhere Quanta leisten könnten, als der Schwängerer. Die Beklagten gaben zwar zu, daß sie einiges Vermögen besäßen, bestritten aber, daß sie höhere Alimente, als die, zu denen ihr Sohn verurtheilt worden, zu leisten hätten. Dessenungeachtet verurtheilte sie der Unterrichter zur Prästation der geforderten höheren Quanta und das Herzogl. Appellationsgericht bestätigte auf eingewendete Berufung dies Erkenntnis, indem es sich dahin aussprach, daß zwar nicht mit dem Unterrichter anzunehmen sei, daß es sich um eine obligatio ex delicto des Sohnes handle, für deren Erfüllung die Eltern nur subsidiär hafteten, daß vielmehr nach dem mehrerwähnten Zus. 94 der Verpflichtungsgrund zur Alimentation offenbar nicht aus dem Delikt, sondern aus der Verwandtschaft resp. Zeugung abgeleitet sei, daher auch die Analogie der Bürgschaft nicht hierher bezogen werden könne, die Verpflichtung der Beklagten vielmehr für den Fall des Unvermögens ihres Sohnes eine selbständige und daher die Höhe der zu entrichtenden Quanta nach deren eigenem Vermögen zu bemessen sei. Auch darauf sei kein Gewicht zu legen, daß der Sohn der Beklagten bereits rechtskräftig zur Entrichtung der Minimalbeträge verurtheilt sei. Denn nach §. 58 Zus. 94 habe das Kind

Digitized by Google

das Recht, eine verhältnißmäßige Erhöhung der Beiträge zur Alimentation zu fordern, wenn der dazu Verpflichtete in merklich bessere Vermögensumstände käme. Dies müsse auch dann stattfinden, wenn an der Stelle des ursprünglich zunächst verpflichteten Unvermögenden, dessen Eltern träten, die in günstigeren Verhältnissen lebten.

24. Über die Proceßlegitimation von Gemeinden, welche mit einer innerhalb der Gemeinde bestehenden besonderen Genossenschaft Proceß führen.

Die politische Gemeinde zu N. bestand aus 67 stimmberechtigten Mitgliedern. Von diesen stimmberechtigten Mitgliedern der politischen Gemeinde bildeten 38 wiederum die Genossenschaft der sogen. Brauberechtigten. Zwischen der politischen Gemeinde und den Brauberechtigten kam es zu einem Proceß wegen Anerkennung von Eigenthumsansprüchen und Nutzungsrechten, bezüglich wegen Entschädigung. Rücksichtlich der Legitimation der klagenden Gemeinde wurden von der Beklagten Einwendungen erhoben, welche im Wesentlichen dahin gingen, daß nur 21 Gemeindeglieder, also nicht einmal $\frac{1}{3}$ der politischen Gemeinde für die Proceßführung gestimmt hätten und daß die Mitglieder der politischen Gemeinde, welche zugleich Brauberechtigte sind, auf Anordnung der oberen Verwaltungsbehörde zwar zu der, behufs Beschlußfassung über die Proceßführung zusammengerufenen, Gemeindeversammlung mit vorgeladen, von der Abstimmung aber ausgeschlossen worden seien. Der actor der klagenden Gemeinde hatte sich behufs seiner Legitimation auf das betreffende Gemeindeprotokoll bezogen, nach welchem er von den anwesenden Nichtbrauberechtigten per acclamationem zum Actor der Gemeinde erwählt worden war. Über die hier einschlägliche Frage sprach sich ein Erkenntnis der Juristenfacultät zu Leipzig folgendermaßen aus:

„Es liegt gegenwärtig der Fall vor, wo in dem Schooße einer universitas selbst über gewisse der letzteren zustehende privatrechtliche Befugnisse Differenzen obwalten. Für Fälle dieser Art bildet sich ein natürliches Parteienverhältnis zwischen denjenigen jeweiligen Mitgliedern der Corporation, welche für die universitas das fragliche Befugnis in Anspruch nehmen, auf der einen, und denjenigen, welche ihr solches bestreiten, auf der andern Seite. Juristisch läßt sich jedoch dies Verhältnis nur so auffassen, daß die zu der letzten Classe gehörigen Personen nicht den singulis der andern Classe, sondern der universitas selbst gegenüber treten und somit rücksichtlich des streitigen Rechtsverhältnisses überhaupt, nicht in ihrer gleichzeitigen Eigenschaft als Corporationsmitglieder, sondern lediglich als dritte, außerhalb der Corporation stehende, Personen in Betracht kommen. Es folgt dies theils aus dem Satze, daß die aus einer Mehrheit physischer Personen bestehende juristische Person jederzeit als ein selbständiges, mit ihren jeweiligen Mitgliedern keineswegs identisches Rechtssubjekt zu behandeln ist, theils aus der Erwägung, daß das

Digitized by Google

in einem solchen Falle von den einzelnen Corporationsmitgliedern dem Personenganzen gegenüber geltend gemachte Sonderinteresse mit dem an sich in der Mitgliedschaft des Einzelnen gleichzeitig begründeten Interesse an der ungeschmälerten Erhaltung der Rechte der universitas, dergestalt collidirt, daß letzteres durch ersteres auf die Dauer des Rechtsstreits nothwendig in den Hintergrund gedrängt erscheint. Soweit daher einzelne Mitglieder gewisse Separatrechte gegen die Corporation verfolgen, machen sie sich in Bezug auf eine hieraus hervorgehende Proceßführung, mögen sie nun bei selbiger die Rolle der Kläger oder der Beklagten auf sich haben, durch die der Corporation gegenüber eingenommene Sonderstellung ganz von selbst des Rechts verlustig, bei den diesfalls nöthig werdenden Beschlüssen der Corporation zu concurriren. Vielmehr fällt naturgemäß die alleinige Vertretung der Corporation in der fraglichen Angelegenheit denjenigen Mitgliedern anheim, deren persönliches Interesse mit dem der Corporation vindicirten Rechte im Einklange steht. Darauf, ob diese für die Gerechtsame der Corporation auftretenden Mitglieder im Vergleich zu der gesammten jeweiligen Mitgliederzahl der universitas die Mehrheit oder Minderheit bilden, kann etwas nicht ankommen, weil, selbst wenn man den jeweiligen Streitgegenstand als einen solchen anzusehen haben sollte, über welchen seiner Beschaffenheit, wie der Verfassung der Corporation nach, an sich im Wege des Majoritätsbeschlusses entschieden werden darf, dennoch das Stimmenverhältniß immer nur mit Rücksicht auf die Zahl der in concreto für stimmberechtigt zu achtenden Mitglieder festzustellen sein würde, zu dieser aber die aus persönlichen Rücksichten mit der Corporation sich in Widerspruch setzenden Mitglieder dem Vorbemerkten nach, nicht gerechnet werden können.

„Freilich wird von diesen Grundsätzen der Regel nach nur dann Gebrauch zu machen sein, wenn man es mit einer universitas inordinata zu thun hat, während im entgegengesetzten Falle immer zunächst zu untersuchen sein wird, ob und in wie weit die einschlagende Gemeindeverfassung für die Regulirung derartiger Differenzpunkte ausreichendes Anhalten darbietet, oder nicht. Mit Recht ist daher von der vorigen Instanz vor allem das Gemeindegesetz vom 11. Juli 1858 in Betracht gezogen worden. Man kann ihr aber nur beipflichten, wenn sie in selbigem etwas den Intentionen der Beklagten Günstiges nicht gefunden hat.

„Zufolge der Vorschrift im §. 137 Nr. 16 ist zwar die Beschlußfassung über einen von einer Landgemeinde zu führenden Proceß (ohne Unterschied, ob derselbe gegen Mitglieder der Gemeinde oder gegen Dritte sich richtet), lediglich in die Hand des Gemeindeausschusses gelegt und insofern der Schultheiß, als gleichzeitiger Vorsitzender des Ausschusses, dessen verfassungsmäßige Beschlüsse auszuführen hat (vgl. §. 123 u. 134), würde die Bestellung eines die Gemeinde in dem Proceß vertretenden Actors, sowie die Ausfertigung des diesen legitimirenden Actoriums nach Maßgabe des §. 126 an sich dem Schultheißen allein obliegen. Für den vorliegenden Fall aber sind diese Vorschriften als unanwendbar zu betrachten, da sowohl der Schultheiß und dessen Beigeordneter, als die sämmtlichen Ausschußmitglieder mit Ausnahme zweier, zu den Verklagten gehören. Es folgt dies aus dem Gesetze selbst. In Bezug auf die Vertretung der Stadtgemeinden nemlich bestimmt dasselbe §. 151, daß, wenn in der Stadtverordnetenversammlung über ein privatrechtliches Verhältnis eines Mitgliedes zu der Stadtgemeinde, oder über son-

Digitized by Google

stige persönliche Verhältnisse eines Mitgliedes zu verhandeln sei, dieses Mitglied bei der Verhandlung darüber sich nicht betheiligen dürfe. In dem von dem Gemeindeausschuß in Dörfern handelnden Abschnitte des Gesetzes ist nun auf diese Vorschrift zurückverwiesen und im §. 158 disponirt, daß ein Ausschußmitglied, welches bei einem Beschlusse aus einem der im §. 151 angeführten Gründe betheiligt sei, sich der Theilnahme an den Verhandlungen zu enthalten habe. Somit war die Herbeiführung eines verfassungsmäßigen Beschlusses des Gemeindeausschusses in der fraglichen Angelegenheit unmöglich und daß insbesondere die übrig bleibenden beiden unbetheiligten Ausschußmitglieder für sich allein zur Beschlußfassung competent gewesen sein sollten, läßt sich um deswillen nicht annehmen, weil nach §. 159 des Gesetzes für die Beschlußfähigkeit des Gemeindeausschusses ganz allgemein die Regel gilt, daß mindestens $\frac{2}{3}$ der Mitglieder des Ausschusses erschienen und an der Verhandlung Theil genommen haben müssen, um einen Beschluß fassen zu können. Vielmehr blieb, bewandten Umständen nach, nur der eine Weg, der der Berufung einer Generalversammlung der sämmtlichen stimmberechtigten Gemeindeglieder übrig, um überhaupt das Zustandekommen eines für die Gemeinde bindenden Beschlusses in der Sache zu ermöglichen, und man wird nicht irren, wenn man annimmt, der Gesetzgeber habe da, wo er im §. 171 Nr. 2 der Staatsbehörde ausnahmsweise das Recht einräumte, eine derartige außerordentliche Gemeindeversammlung unter Leitung eines Staatsbeamten zu berufen, gerade an das mögliche Vorkommen von Fällen der vorliegenden Art gedacht. Sobald aber dieser exceptionelle Weg einmal betreten werden mußte, ist man auch zu einem Zurückkommen auf die oben entwickelten allgemeinen Grundsätze über den Wegfall des Stimmrechts der bei dem betreffenden Verhandlungsgegenstand persönlich betheiligten Gemeindeglieder entschieden berechtigt. Denn darin, daß man die Gesammtheit der Gemeindeglieder aushilfsweise als das Organ der universitas gelten zu lassen sich genöthigt sieht, liegt der Sache nach nichts anderes, als ein Anerkenntnis des Satzes, daß für die der Generalversammlung zugewiesene Geschäftsangelegenheit die Gemeinde als universitas inordinata zu behandeln sei.

„Wenn endlich die Beklagten darauf zurückkommen, daß, da die Klage gegen sie als Einzelne gerichtet worden, auch die Abstimmung in der Gemeindeversammlung sich hiernach anders, als geschehen, zu gestalten gehabt hätte, indem rücksichtlich jedes einzelnen zu verklagenden Gemeindegliedes ein besonderer Beschluß zu fassen und hierbei die Gesammtzahl der übrigen Gemeindeglieder nur jedesmal mit Ausnahme dieses Einzelnen als stimmberechtigt zuzulassen gewesen wäre, so erledigt sich dieser Einwand durch den Hinweis auf das gemeinsame Interesse an dem Streitgegenstand, welches bei sämmtlichen Beklagten gleichmäßig obwaltet und welches es dem Einzelnen unmöglich gemacht haben würde, die eigene Rechtsstellung der politischen Gemeinde gegenüber von der der übrigen zu demselben Genossenschaftskreise gehörigen Personen, bei der Abstimmung zu trennen. So wenig daher in der gleichzeitigen Klagerhebung wider die mehreren Beklagten eine unstatthafte subjektive Klaganhäufung gefunden werden kann, indem vielmehr zwischen ihnen ein wirkliches Litisconsortium stattfindet, so wenig hatten sie auch Anspruch darauf, daß bei der Verhandlung in der Gemeinde über den gegen sie zu beginnenden Proceß zwischen den einzelnen Personen der zu Verklagenden in der von ihnen beanspruchten Weise unterschieden werde.

Digitized by Google

„Nach dem allen läßt sich gegen die Art, wie der klagenden politischen Gemeinde in der vorliegenden Sache eine geeignete Proceßvertretung geschaffen worden ist, ein begründeter Einwand nicht machen, und nur wider die Form der Legitimation des für sie aufgetretenen Rechtsanwalts hat die vorige Instanz mit Recht Bedenken erhoben."

Nachdem hier auf die Zweifel näher hingedeutet wird, welche der Ausdruck „der Anwalt ꝛc. sei per acclamationem zum actor gewählt worden", veranlasse, da man nicht wisse, ob Einstimmigkeit oder nicht, und in letzterem Falle, wie das Stimmenverhältnis gewesen sei, fahren die Entscheidungsgründe fort „sei anzuordnen gewesen, daß der gedachte Actor sich entweder durch Beischaffung einer von sämmtlichen in der vorliegenden Angelegenheit stimmberechtigten Gemeindegliedern eigenhändig unterzeichneten Vollmacht, oder durch Beibringung eines ordnungsmäßigen Syndicats zu legitimiren habe. Der letztere Legitimationsmodus erscheine zwar nach der gegenwärtigen Lage der Sache, wo die politische Gemeinde sich ohne verfassungsmäßige Vertretung und daher, wie gedacht, in der Lage einer universitas inordinata befinde, als der correktere, würde aber durch eine Gesammtvollmacht der vorbezeichneten Art, welche voraussichtlich mit geringerem Kostenaufwand zu beschaffen sei, entbehrlich gemacht werden können."

Über Gerichtszuständigkeitsfragen im Großherzogthum S. Weimar.

(Forts. u. Schluß des Aufs. S. 144.)

Vom Herrn Präsident Dr. Burckhard in Weimar.

IV. Das Expropriationsverfahren gehört nach der Gesetzgebung des Großherzogthums ohne Rücksicht auf das Objekt in erster Instanz vor die Einzelrichter, in zweiter Instanz vor das Kreisgericht.

Das Kreisgericht zu Weimar hat sich in einem Fall (Stadtgemeinde zu Weimar gegen Kogel) in der Berufungsinstanz in folgender Weise ausgesprochen:

„Die vor allem zu erörternde Frage ist die der Zuständigkeit des Großherzogl. Kreisgerichts zur Entscheidung in zweiter Instanz. Diese Frage hängt mit der über die Zuständigkeit des Einzelrichters selbst und weiter mit der Frage, ob das Expropriationsverfahren nach unserer Gesetzgebung der mit der streitigen Gerichtsbarkeit betrauten Behörde als solcher zugewiesen sei, auf das engste zusammen.

„Das Regulativ vom 10. April 1821 über Bau und Besserung der Straßen ꝛc. §§. 7. 8 weist das Expropriationsverfahren und die Entschei-

Digitized by Google

dung dabei vor „„die Justizbehörde des Ortes““, nach §. 9 auch dann, wenn zu dem Chausseebau ein Theil des Großhzgl. Kammergutes, sei es an Grundeigenthum oder an anderen Rechten, in Anspruch genommen wird. S. auch Ges. vom 5. Februar 1836 §. 2.

„Ebendasselbe bestimmt das Gesetz vom 31. August 1844 über die Verpflichtung der Großhzgl. Kammergüter, Rittergüter und Freigüter §. 13 Ziff. 4, deren Areal sonst weder der streitigen, noch der freiwilligen Jurisdiktion der Ortsgerichte unterlag.

„Nach dem Gesetze vom 2. Februar 1842 über die Verpflichtung zu Abtretung von Grundstücken ꝛc. bei der Anlage von Eisenbahnen §§. 2. 30—32 wurde von der Großhzgl. Staatsregierung für diese Verhandlungen und Entscheidungen ein besonderer Kommissar ernannt, von dessen Ausspruch im Verwaltungswege für bestimmte Fälle eine Berufung an die obere Verwaltungsbehörde (die Großhzgl. Landesdirektion) stattfand und unter besonderen Voraussetzungen die Betretung des Rechtswegs vor dem Justizamt, als dem Gericht erster Instanz zugelassen war, wogegen nach dem Gesetze vom 26. November 1855 rücksichtlich der bei Anlegung der Werraeisenbahn erforderlichen zwangsweisen Abtretungen der Kommissar, mit Ausschluß des Rechtswegs, lediglich im Verwaltungswege über die Nothwendigkeit und den Umfang der zwangsweisen Abtretung sowie über die zu gewährende Entschädigung zu entscheiden hat, und von dessen Entscheidungen lediglich die Berufung an das Großhzgl. Staatsministerium zugelassen ist.

„Aus allen diesen Gesetzen ist ein bestimmter Anhalt dafür, ob die an die Ortsjustizstelle, das Gericht der gelegenen Sache, gewiesenen Entscheidungen über Expropriationsverhältnisse an dieselben als Rechtsbehörden im engeren Sinne oder als Behörden für die Gegenstände der Rechtsverwaltung, der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gewiesen waren, nichts zu entnehmen. Zu jener Zeit waren die Justizämter erstinstanzliche Justiz- und Verwaltungsbehörden, sie übten im Allgemeinen den ganzen Umfang der streitigen und nichtstreitigen Justizpflege. Daß sie aber bei den fraglichen Expropriationsgeschäften nicht als Verwaltungsbehörden im engern Sinne thätig wurden, beweist ungeachtet des Instanzenzugs an die obere Verwaltungsstelle der Umstand, daß jene Geschäfte der Justizbehörde des Ortes zugewiesen, die Stadtgerichte aber nur Justizbehörden waren, während die Stadträthe neben ihnen die Verwaltung unter sich hatten. Deßungeachtet geht aus dem Zusammenhalt der gesetzlichen Bestimmungen zur Genüge hervor, daß das Expropriationsverfahren in den Bereich der Verwaltung, theils der Verwaltung im engern Sinn, theils der Justizverwaltung gewiesen und derselben angehörig betrachtet wurde.

„Das Gesetz vom 10. Januar 1854 über die Anlegung von Friedhöfen — das erste hier einschlagende nach Neugestaltung der Justizbehörden — bestimmt nun im §. 4 wörtlich Folgendes: „„Über die Nothwendigkeit der Abtretung nach Art, Umfang und Zeit hat mit Ausschluß der Berufung auf den Rechtsweg zunächst der Bezirksdirektor, in weiterer Instanz aber Unser Staatsministerium zu entscheiden. Eine hiernach zulässige Berufung ist jedoch binnen vier Wochen ausschließlicher Frist einzuwenden.

„„Für die durch das Gericht der belegenen Sache zu bewirkende Ermittelung der Entschädigung des Eigenthümers sowohl, als der Zins- und Lehensberechtigten gelten analog dieselben Vorschriften, welche für die zum

Digitized by Google

Chausseebau nöthig werdenden Expropriationen nach den §§. 7. 8 und 9 des Gesetzes vom 10. April 1821 bestehen.

„„Von den drei Werthschätzern ist einer durch den Eigenthümer, ein zweiter durch den betheiligten Baupflichtigen, und der dritte durch das Gericht zu ernennen.““

„Und es kann dabei nicht wohl für zweifelhaft erachtet werden, daß diese Justizstelle das Justizamt, wie im Gesetze vom 10. April 1821, ist, nicht das Kreisgericht, welches man sonst gewiß ausdrücklich genannt hätte, wenn schon man in gewissem Sinn im Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit das Kreisgericht wohl auch das Gericht der gelegenen Sache nennen könnte.

„Ebensowenig kann es wohl zweifelhaft sein, daß das Justizamt nicht als eigentliche rechtsprechende Behörde, sondern als innerhalb des Bereichs der Rechtsverwaltung, der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sich bewegend von dem Gesetze angesehen wird, gewissermaßen als Verwaltungsjustizstelle. War ja doch der Haupttheil der Entscheidung, der Ausspruch über die Nothwendigkeit und den Umfang der Expropriation, dem Bezirksdirektor und nur die Ermittelung des Werthes — im Wesentlichen ein bloßer Rechnungszug — dem Justizamt zugewiesen.

„Diese Anschauung findet sich dann in dem gleichzeitigen Gesetze vom 16. Februar 1854 über den Schutz gegen fließende Gewässer und über die Benutzung derselben ausdrücklich und bestimmt ausgesprochen: „„§. 67: Wenn zufolge dieses Gesetzes eine Entschädigung zu gewähren ist, soll dieselbe, dafern nicht unter den Betheiligten eine andere Vereinigung zu Stande kommt, und soweit nicht etwas anderes ausdrücklich verordnet ist (z. B. §§. 41. 46 a. E.), durch drei völlig unparteiische und zu vereidende Sachverständige ermittelt werden.

„„Die Leitung dieses Geschäftes steht dem Einzelrichter, in dessen Bezirke das berechtigte Grundstück belegen ist, zu. Unter den Sachverständigen soll der Eine von dem Entschädigungsberechtigten, der Andere von dessen Gegner, der Dritte von der leitenden Justizbehörde ernannt werden. Das Letztere tritt auch rücksichtlich der beiden ersten Sachverständigen ein, wenn die Betheiligten deren Ernennung verweigern, oder nicht innerhalb der ihnen bestimmten Frist bewirken. Keiner der Sachverständigen darf der Gemeinde angehören, in deren Flurbezirke das Grundstück des Entschädigungsberechtigten gelegen ist.

„„Wird bei einer solchen Verhandlung das Bestehen oder der behauptete Umfang eines Privatrechts, welches den Entschädigungsanspruch bedingt, bestritten und findet darüber eine gütliche Vereinigung nicht statt, so ist diese Streitfrage in den Rechtsweg zu verweisen, und zwar durch ein Decret, worin dem angeblich Berechtigten aufgegeben wird, daß er bei Verlust seines Anspruchs das behauptete Recht binnen vier Wochen von der Eröffnung des Decrets an mittels rechtlicher Klage geltend zu machen habe. Erst nach erfolgter rechtskräftiger Entscheidung über das Bestehen oder den Umfang des Rechtes ist mit Feststellung des Entschädigungsanspruchs in der geordneten Weise weiter zu verfahren.““

„„§. 69. Vereinigen sich die Schätzer nicht zu einer gemeinschaftlichen Taxe, so werden die drei Würderungssummen zusammengezählt, und bildet der dritte Theil der so gewonnenen Gesammtsumme den Entschädigungsbetrag. Es steht den Betheiligten zu, gegen die Würderung in dem gesetzlichen Ju-

Digitized by Google

stanzenzuge Berufung einzulegen, jedoch nur dann, wenn bei der Würderung vorgeschriebene Formen verletzt oder sonst bestimmte Vorschriften dieses Gesetzes unbeachtet geblieben sind. Die Berufung ist an eine zehntägige Nothfrist gebunden.'"

„Und weiter in dem Bergbaugesetze v. 22. Juni 1857 §. 128: „„Anlangend die Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfange die Abtretung, Überlassung oder Belastung nach Vorschrift dieses Gesetzes zu erfolgen habe, ingleichen die Abschätzung der in Frage kommenden Gegenstände und die Ermittelung und Feststellung der zu leistenden Entschädigungen, sowie die Bestimmung darüber, welche sonstige Verbindlichkeiten dem Enteigner obliegen, ferner das sonstige Abtretungsverfahren und die Regelung der Verhältnisse dabei konkurrirender Dritter u. s. w., so kommen dafür die Artikel 9 bis 36 des Gesetzes vom 26. November 1855 über die bei Anlegung der Werrabahn erforderlichen zwangsweisen Abtretungen, soweit solche der Natur der Sache nach anwendbar und entgegenstehende Vorschriften im gegenwärtigen Gesetze nicht enthalten sind, analog zur Anwendung.'"

„In gleicher Weise haben die Vollzugs- und Schlußbestimmungen des genannten Gesetzes Artt. 37 bis 45 Geltung.

„An die Stelle des Kommissars tritt das über das zu enteignende Objekt zuständige Einzelgericht. Es steht den Betheiligten zu, gegen die Würderung im gesetzlichen Instanzenzuge Berufung einzulegen, jedoch nur dann, wenn bei der Würderung vorgeschriebene Formen verletzt oder sonst bestimmte Vorschriften dieses Gesetzes unbeachtet geblieben sind. Die Berufung ist an eine zehntägige Nothfrist gebunden.

„Die Worte: „„An die Stelle des Kommissars tritt das über das zu enteignende Objekt zuständige Einzelgericht'" weisen absolut darauf hin, daß das Einzelgericht nur und allein als Stelle der freiwilligen Gerichtsbarkeit resp. der Justizverwaltung bestellt sei, weil es ja im Bereiche der streitigen Gerichtsbarkeit bei Objekten von 100 Thlr. und darüber gar nicht zuständig ist.

„Darauf deutet auch §. 130 des Gesetzes hin: „„Wird bei den vorgedachten Expropriationsverhandlungen das Bestehen oder der behauptete Umfang eines Privatrechts, welches den Entschädigungsanspruch bedingt, bestritten und findet darüber eine gütliche Vereinigung nicht statt, so ist diese Streitfrage in den Rechtsweg zu verweisen, und zwar durch ein Decret, worin dem angeblich Berechtigten aufgegeben wird, daß er bei Verlust seines Anspruchs das behauptete Recht binnen vier Wochen von der Eröffnung des Decrets an mittelst rechtlicher Klage geltend zu machen habe. Erst nach erfolgter rechtskräftiger Entscheidung über das Bestehen oder den Umfang des Rechts ist mit Feststellung des Entschädigungsanspruchs in der geordneten Weise weiter zu verfahren.'"

„Daraus folgt, daß das Einzelgericht ohne Rücksicht auf das Objekt die erste, das Kreisgericht aber die zweite und letzte Instanz im Bezug auf die Entscheidungen der Einzelrichter sei, dafern sie nicht im eigentlichen Rechtswege thätig geworden sind, welchen Falls dann das Objekt zwischen dem Appellationsgericht und dem Kreisgerichte entscheidet. In dieser Weise ist auch bei den Chausseebauten in älterer und neuerer Zeit, z. B. bei dem Chausseebau von Tiefurt nach Denstedt, zwischen Kerspleben und Ollendorf, zwischen Udestedt und Kleinmölsen u. s. w. verfahren worden. Ohne Rücksicht auf

Digitized by Google

das Objekt hat das Einzelgericht die erste, das Kreisgericht ebenfalls, ohne Rücksicht auf das Objekt, die zweite Instanz gebildet, ausgehend davon, daß nach der Gesetzgebung des Großherzogthums das Expropriationsverfahren als ein Akt im Zuständigkeitsbereiche der Justizverwaltung, der freiwilligen Gerichtsbarkeit, aufgefaßt werde.

„Es ist dabei wohl selbstverständlich, daß man von einem Zusammenhang in der Anschauung der gesetzgebenden Behörde ausgeht, daß man nicht annehmen darf, dieselbe weise gewisse Akte in dem einen Gesetz — ohne den Willen hierzu ausdrücklich hervorzuheben — in den Bereich der freiwilligen, in dem andern Gesetz in den der streitigen Gerichtsbarkeit, insbesondere wo unmöglich die Folgen hiervon außer Beachtung bleiben konnten. Danach greifen auch die Bestimmungen des Gesetzes über die Aufhebung des privilegirten Gerichtsstandes für Personen und Güter vom 14. März 1850 §§. 1. 2. 3. „„Der privilegirte Gerichtsstand jeder Art für Personen, Grundstücke ꝛc. ist aufgehoben. — Im dinglichen Gerichtsstande gehören Grundstücke vor das Gericht desjenigen Bezirkes, in welchem sie gelegen sind — —. Der noch bestehende Gerichtsstand in Ansehung gewisser Rechtsangelegenheiten wird durch dieses Gesetz nicht geändert.““ — — hier nicht in der Weise ein, daß man sagen könnte, da die Gesetzgebung dem Einzelrichter der belegenen Sache das Expropriationsverfahren (als Gegenstand der streitigen Gerichtsbarkeit) zugewiesen habe, sei dieser exemte Gerichtsstand nach der obigen Bestimmung aufrecht erhalten worden, vielmehr fällt das Expropriationsverfahren insoweit, als Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Verwaltungsjustiz, nach §. 1 des Gesetzes über die Aufhebung des priv. Gerichtsstandes vom 14. März 1850; §§. 1. 4. 5 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Gerichte vom 15. März 1850 unter die ordentliche Thätigkeit der Einzelrichter."

V. Die Feststellung der Vormundsgebühren gehört erstinstanzlich vor die Justizämter, in zweiter Instanz vor die Kreisgerichte.

In einer Vormundschaftssache, bei welcher die Jahreseinkünfte bis auf 9000 Thlr. anstiegen, hatte der Vormund, ein Rechtsanwalt, wegen der erstinstanzlichen Feststellung seiner Gebühren Berufung an das Kreisgericht zu Weimar eingelegt. Das Berufungsobjekt war nicht unbeträchtlich, da Anwälte in Vormundschaften „für Verwaltung des Vermögens und Obsorge für die Person des Pflegebefohlenen, mit Einschluß aller desfallsiger Bemühungen — abgesehen von eigentlichen Proceßführungen —, auch der Rechnungslegung und der Zählgelder, nach Maßgabe des Umfangs der Mühewaltung" 2—5 Prozent der jährlichen Einkünfte des Pflegebefohlenen nach obrigkeitlichem Ermessen zu fordern berechtigt sind. Das Kreisgericht erkannte und sagte im Bezug auf seine Zuständigkeit namentlich: „Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Feststellung solcher Gebühren in erster Instanz den Justizämtern als ein Ausfluß ihrer obervormundschaftlichen Gewalt und als Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zusteht, demnach aber zur Entscheidung über

Digitized by Google

dagegen gerichtete Berufungen ohne Rücksicht auf die Beschwerdesumme lediglich die Kreisgerichte in zweiter und letzter Instanz zuständig sind. §. 14 des Gesetzes v. 15. März 1850."

VI. Über die Eintragung von Kindern in das Dissidenten- und Civilstandsregister.

In einer Berufungssache der Ortsbürger zu Apolda D. und R. wegen Einzeichnung ihrer minderjährigen Kinder in das Dissidentenregister hat das Großherzogl. Kreisgericht zu Weimar auf abfällige Bescheidung des Justizamtes bestätigend erkannt, aus nachstehenden Gründen:

„Die Berufungen sind an das Großherzogl. Kreisgericht gerichtet und es kann über die Zuständigkeit desselben zur Entscheidung kein Zweifel bestehen, da die den Austritt einer Person aus der kirchlichen Gemeinschaft, die Eintragung in das Dissidenten- und Civilstandsregister und die Abschließung einer Civilehe betreffenden Verhältnisse, welche vor den Einzelrichter gewiesen sind, nach der Justizorganisation des Großherzogthums nur in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören können und gehören, zu deren Entscheidung in zweiter und letzter Instanz das Kreisgericht berufen ist, §. 14 des Ges. über die Zuständigkeit der Gerichte vom 15. März 1850, wie denn auch diese Thätigkeit der Einzelrichter ausdrücklich als ein Zweig der Gerichtsverwaltung bezeichnet wird. Art. 7 der Verordn. v. 10. Februar 1864 zu Ausführung des Gesetzes die kirchlichen Dissidenten betreffend.

„In der Sache selbst sind die Berufungen dagegen eingelegt, daß das Justizamt den Antrag der Appellanten auf Eintragung der Kinder derselben in das Dissidentenregister zurückgewiesen hat. Allein ohne Grund. Das Gesetz vom 10. Februar 1864 schreibt §. 2 ausdrücklich vor, daß in das Dissidentenregister die in Gemäßheit der Bestimmungen des §. 1 aus ihrer bisherigen Kirchengemeinschaft ausgetretenen Personen einzutragen seien und der angeführte §. 1 erfordert zur rechtlichen Giltigkeit des Austritts, daß die das Ausscheiden erklärende Person das achtzehnte Lebensjahr erfüllt habe. Der Vater kann ebensowenig den Austritt seines Kindes, mag dieses das achtzehnte Lebensjahr bereits erfüllt haben oder nicht, mit rechtlicher Wirksamkeit aussprechen, als eine dritte Person; vielmehr ist das persönliche Erscheinen und die persönliche Erklärung der Person, welche aus der Kirchengemeinschaft austreten will und welche gesetzlich das achtzehnte Lebensjahr erfüllt haben muß, vor Gericht absolutes Erfordernis. Die im Bezug auf solche Personen und deren Familien später eintretenden Geburts-, Heiraths- und Sterbefälle werden in das Civilstandsregister eingetragen, nicht in das Dissidentenregister, wie in der Berufungsschrift angenommen wird.

„Hiernach kommt darauf nichts an, ob einzelne der in Frage stehenden Kinder bereits getauft sind, oder nicht, und ob das letztere, wie behauptet wird, unter Nachsicht der Behörden in Rücksicht auf das Erscheinen des Dissidentengesetzes nicht geschehen ist. Wenn der von den Appellanten angeführte Grund richtig ist, daß bei einem ungetauften Kinde von dem Austritt aus der Kirchengemeinschaft nicht die Frage sein könne, so spricht dies nur gegen den erhobenen Anspruch, da das Dissidentenregister lediglich für derartige Ausgetretene bestimmt ist. Eine andere Frage wäre es nur, ob nicht etwa die noch

Digitized by Google

nicht getauften Kinder in das Civilstandsregister einzutragen seien. Aber auch dies muß verneint werden, weil das Gesetz nicht unterscheidet und ihm keine rückwirkende Kraft beigelegt ist. §. 2 des Ges. und Art. 2 der Verordn. vom 10. Februar 1864.

„Die Frage, ob ein Zwang zur Taufe vor dem Austritt aus der Kirchengemeinschaft geborener Kinder von Dissidenten bestehe, gehört nicht in den Bereich der hier vorliegenden Erwägungen."

Über den Beweis ausländischer Gesetze insbesondere des in den vereinigten Staaten Nordamerika's geltenden Ehe- und Erbrechts

Vom Herausgeber.

Diese Frage ist bekanntlich bereits von Mittermaier im Archiv für die civilistische Praxis Bd. XVIII S. 67 ff. ausführlich besprochen und dabei auf die Schwierigkeit dieses Beweises hinsichtlich der meisten Bestimmungen des englischen und nordamerikanischen Rechts aufmerksam gemacht worden, indem er bemerkt, der größte Theil dieser Rechte beruhe auf dem sog. common law, welches selbst als ein seit Jahrhunderten aus den Überbleibseln alter Statuten, Gewohnheitsrechten und Präjudicien ausgebildetes entstanden sei und nicht als geschriebenes Gesetz vorkomme. Dr. Wilhelm Schaffner in seiner Schrift unter dem Titel: Entwicklung des internationalen Privatrechts, Frankfurt a/M. 1841, erörtert den oben bemerkten Gegenstand noch eingehender, bestreitet zum Theil die von Mittermaier vorgetragene Lehre über die Unzulässigkeit des Zeugenbeweises bei dem Beweise des ausländischen Rechts, weil ja gerade solche Zeugen producirt werden könnten, welche die dabei erforderlichen juristischen Kenntnisse im höchsten Grade besäßen ꝛc. Er misbilligt ferner die bejahende Beantwortung der Frage: ob durch das Geständnis der Parteien der Beweis des ausländischen Rechts überflüssig werde? weil sich über Rechtssätze kein Geständnis oder Verzicht denken lasse ꝛc.

Über das in den nordamerikanischen Freistaaten geltende sog. common law ist in neuerer Zeit ein ausführliches Werk von James Kent unter dem Titel: commentaries on American Law, New-York 1854, in 4 Bänden erschienen, dessen Inhalt über das Ehe- und Erbrecht wegen der zahlreichen Auswanderungen aus den deutschen Bundesstaaten in die nordamerikanischen Freistaaten hinsichtlich des in Deutschland zurückgelassenen Vermögens und dessen Vererbung besonders interessiren dürfte.

Digitized by Google

Da dieses Werk der Mehrzahl derjenigen praktischen Juristen, welche als Anwälte und Richter in dergleichen Rechtsstreitigkeiten thätig zu werden Veranlassung haben, nicht überall zugänglich und, weil es in englischer Sprache geschrieben ist, ohne Übersetzung nicht allen verständlich sein wird, so erscheint es nicht undienlich, eine solche über die einschlagenden Stellen hier mitzutheilen. Diese Stellen betreffen zunächst die Giltigkeit der Ehe, von welcher alsdann, wie der weiter unten zu erwähnende Rechtsfall zeigt, zugleich die Giltigkeit des Erbrechts der in einer solchen Ehe erzeugten Kinder bedingt ist. In Vol. II Sect. XXVI l. c. ist Folgendes an- und ausgeführt:

„Besondere Ceremonien sind zur giltigen Feier der Heirath nach gemeinem Rechte nicht erforderlich. Die Übereinstimmung der Parteien ist alles, was nöthig; und da die Heirath ein Contrakt sein soll jure gentium, so ist diese Übereinstimmung alles, was verlangt wird nach natürlichem oder öffentlichem Recht. Die römischen Rechtsgelehrten legten großes Gewicht auf die Doctrin, daß der eigentliche Grund und das Wesen des Contrakts in der freien Übereinstimmung der zum Contrahiren berechtigten Parteien bestehe. „„Nihil proderit signasse tabulas, si mentem matrimonii non fuisse constabit. Nuptias non concubitus, sed consensus facit.““

„Dies ist die Sprache des gemeinen und kanonischen Rechts und ebenso der natürlichen Vernunft.

„Wenn der Contrakt geschlossen wird per verba de praesenti und ohne Beiwohnung bleibt, oder wenn er geschlossen wird per verba de futuro und ihm die Vollendung nachfolgt, so bedeutet er in Abwesenheit aller gegentheiligen Civilbestimmungen eine giltige Heirath, welche die Parteien, sofern sie nach Alter und Zustimmung competent sind, nicht wieder auflösen können, und er ist dann ebenso bindend, als wenn er in facie ecclesiae geschlossen worden wäre. Eine Anerkennung irgend einer kirchlichen Autorität bei dem Eingehen der Verbindung existirt nicht und die Handlung wird lediglich wie ein Civilcontrakt angesehen. Dies ist die Lehre des gemeinen Rechts und ebenso des kanonischen Rechts, welches vor dem Heirathsgesetz 26 Georg II bei Heirathen in England Geltung hatte. Und das kanonische Recht gilt ebenso für Heirathen in ganz Europa, außer wo es durch Local- und Municipalgesetzgebung geändert worden ist.

„Der einzige nach gemeinem Rechte zulässige Zweifel war der, ob auch die Beiwohnung zur Giltigkeit des Contrakts nothwendig wäre. Die Gegenwart eines Geistlichen ist zur Giltigkeit der Heirath nicht nothwendig, wenn sie auch ohne Zweifel eine passende Sitte und der Feierlichkeit der Handlung angemessen ist. Die Übereinstimmung der Parteien kann vor einer Magistratsperson oder einfach vor Zeugen erklärt oder auch später noch anerkannt werden, ja die Heirath kann sogar aus der beständigen Beiwohnung und aus dem Umstande, daß die Betreffenden für Mann und Frau gelten, geschlossen werden, außer im Civilproceß, wo es sich um Ehebruch handelt, und in öffentlichen Anklagen wegen Bigamie oder Ehebruch, in welchen Fällen der thatsächliche Beweis stattgefundener Heirath erforderlich ist. Eine unerlaubte Verbindung oder Concubinat kann keinen derartigen gesetzlichen Anspruch auf den Namen der Heirath machen. Diese Leichtigkeit, mit welcher nach gemei-

Digitized by Google

rem und Kirchenrecht der Heirathscontrakt geschlossen werden kann, bestand in jenen amerikanischen Staaten, wo das gemeine Recht in dieser Beziehung nicht geändert worden, oder in Kraft geblieben ist, wie in New-York, South-Carolina und Kentuky. Allerdings hatten die New-York Revised Statutes Bestimmungen über die gesetzliche Feier und den Beweis der Heirath eingeführt und vorgeschrieben. Heirathen sollten nur vollzogen werden durch einen Diener des Worts oder Geistlichen, oder vor einem Mayor, Aktuar (recorder) oder Rathsherrn in Städten, oder vor einem Mitgliede der Landgerichte oder einem Friedensrichter. Wenn sie vor einem Geistlichen vollzogen worden, so sollte es nach dem Ritus seiner Kirche geschehen; thäte es eine Magistratsperson, so wäre keine besondere Form nothwendig, außer daß die Parteien feierlich erklären, daß sie einander zu Mann und Frau nehmen, und wenigstens Ein Zeuge außer dem Geistlichen oder der Magistratsperson gegenwärtig sei. Der Geistliche oder Magistrat solle Kenntnis nehmen von Namen und Wohnung der Parteien, von ihrer Competenz bezüglich des Alters, von Namen und Wohnung des Zeugen oder der Zeugen, deren Zahl jedoch nicht mehr als zwei sein dürfe, und solle sich von der Identität der Parteien überzeugen.

„Die Statuten machten es zu einem Vergehen, wissentlich Personen zu vertheirathen, von denen die eine das zum Consens erforderliche Alter noch nicht erreicht hatte, oder einem gesetzlichen Hindernisse unterworfen, oder von schwachem Verstande war. Der Geistliche oder Magistrat solle auf Verlangen jeder Partei ein Certifikat über die Heirath und über ihre Gesetzlichkeit liefern. Das Certifikat solle innerhalb 6 Monate dem Stadtschreiber, wo die Heirath stattgefunden habe, oder wo eine der beiden Parteien wohne, übergeben und ordentlich eingetragen werden.

„Diese Bestimmungen erwiesen sich jedoch so unbequem, daß sie kaum in Kraft getreten waren, als ihre rechtliche Wirkung schon wieder vernichtet und die freie Doctrin des gemeinen Rechts wieder hergestellt wurde. Dies geschah durch das Gesetz vom 20. April 1830, welches erklärte, die Feier der Heirath brauche nicht in der obigen vorgeschriebenen Weise stattzufinden, und alle gesetzlichen Heirathen, welche in der vor den Revised Statutes üblichen Weise geschehen wären, sollten so gültig sein, als wenn das Gesetz mit jenen Bestimmungen nie gegeben worden wäre.

Anmerk. „Es könnte scheinen, als liefe dies auf eine vollständige Widerrufung der obigen Bestimmungen hinaus, und doch will dasselbe Gesetz vom 20. April 1830 jene Vorschriften beibehalten wissen, denn es macht zu den ursprünglichen Bestimmungen verschiedene Zusätze, die dem im Texte gegebenen Auszuge einverleibt sind. Die Bestimmungen bleiben daher nur eine Empfehlung und Rath von Seiten des Gesetzes, sind aber selbst nicht Gesetze, da sie keinen Gehorsam fordern. Die Statuten verschiedener Staaten, wie Massachusetts, Connecticut ꝛc. bestimmen, daß der Richter oder Geistliche, vor welchem Heirathen geschlossen werden, ein Protokoll darüber aufnehmen und von dem Stadtschreiber eintragen lassen soll. So hat das Statut von New-York vom 28. April 1847 wieder vorgesehen, daß die im Staate vorfallenden Geburten, Heirathen und Todesfälle eingetragen werden sollen.

„Nach schottischem Gesetze ist eine vorherige Bekanntmachung der Absicht beider Parteien nothwendig, obgleich eine heimliche Heirath ohne solche Bekanntmachung dennoch vor dem Gesetze gilt und nur gewisse Strafen nach sich

Digitized by Google

zieht. Es ist Sitte und Brauch gewesen unter den Völkern der Erde, gewisse Formen und Ceremonien und zwar gewöhnlich religiöser Natur als erforderlich vorzuschreiben bei Begehung der Heirathsfeier. In der römisch-katholischen Kirche ist der Akt der Heirath zum Sacrament erhoben und von religiösen Feierlichkeiten begleitet. In Frankreich freilich unter der revolutionären Constitution von 1791 sollte die Heirath nur wie ein Civilcontrakt vor dem Gesetze angesehen werden. Dasselbe Princip galt im Code Napoleon und jetzt, sagt Toullier, trennt das Gesetz den Civilcontrakt vollständig von dem Sacrament der Ehe und läßt die Gesetze der Kirche und die eheliche Segnung für sich, welche ihrerseits nur die Gewissen der Gläubigen binden. — Das Gesetz 26 Georg II verlangt bei allen Heirathen in England, daß feierliche Aufgebote in der Kirche eines Kirchspiels oder in öffentlicher Capelle stattfinden, wenn nicht besondere Dispensation ertheilt war.

„In den meisten Fällen war die Beobachtung positiver Municipalbestimmungen nothwendig zur Giltigkeit der Heirath, obgleich die unangenehmen und oft peinlichen Folgen größere Milde in Ausführung des Grundsatzes in Bezug auf die beiden Theile und ihre Kinder empfahlen. Das Gesetz 3 Georg IV milderte die Strenge des früheren Gesetzes in einigen Punkten, aber es wurde durch ein anderes — 4 Georg IV c. 76 — wieder aufgehoben, welches die frühere Strenge zum großen Theil wiederherstellte und noch jetzt mit einigen später hinzugekommenen Veränderungen das Ehegesetz Englands bildet. Nach diesem Gesetz muß das Aufgebot an drei vorhergehenden Sonntagen in der Kirche oder Capelle des Kirchspiels verlesen und die Heirath an demselben Orte vollzogen werden. Die Heirath eines Minderjährigen gegen den Willen der Eltern ist nicht an und für sich ungiltig; wenn sie jedoch eigenmächtig und absichtlich von Seiten beider Theile geschlossen ist, ohne daß die nöthigen Aufgebote überhaupt verlesen oder wenn diese anderswo verlesen worden sind, als in der Kirche oder Capelle des Kirchspiels, ohne daß ein besonderer Dispens ertheilt worden ist, oder wenn jemand die Trauung vollzogen hat, der nicht ordinirt ist, so ist die Heirath ungiltig. Dieses letztere Gesetz erleidet einige Modificationen durch das Gesetz 6 und 7 Wm. IV c. 85, welches von Heirathen, die nicht nach dem Ritus der englischen Kirche gefeiert worden sind, handelt und für Heirathen von solchen, die nicht zur englischen Kirche gehören, Erleichterung schafft.

„In den Staaten Maine, New-Hampshire und Massachusetts ist nach dem Gesetz zu einer giltigen Heirath erforderlich, daß die Aufgebote verlesen werden und daß die Heirath in Gegenwart und mit Zustimmung einer Magistratsperson oder eines ordinirten Dieners des göttlichen Worts geschlossen wird, und wenn die beiden Theile, das Alter von 21 Jahren bei den Männern, von 18 Jahren bei der Frau nicht erreicht haben, so darf der Magistrat oder Geistliche die Trauung nicht vollziehen ohne die Erlaubnis des Vaters oder Vormunds, wenn einer da ist. Aber obgleich eine Heirath ohne Aufgebote und ohne Erlaubnis der Eltern oder Vormünder dem Beamten eine Strafe wegen Überschreitung des Gesetzes zuziehen würde, so würde dennoch eine solche Heirath gesetzlich und bindend erscheinen, vorausgesetzt, daß eine Magistratsperson oder ein Geistlicher zugegen war und zustimmte und die Heirath sonst gesetzlich vor sich ging und im Glauben an ihre Giltigkeit vollendet wurde.

„In Massachusetts wird jetzt weiter nichts verlangt, als daß die Absicht

Digitized by Google

der Verheirathung auf dem Büreau des Stadtschreibers eingetragen wird. Der Schreiber stellt darüber ein Certifikat aus, welches dem Geistlichen oder Magistrat eingehändigt wird.

„Nach den alten Gesetzen der Colonie New-Jersey mußte der Heirath eine Verlesung von Aufgeboten vorausgehen und die Versäumung zog für die Betreffenden eine Strafe nach sich.

„In Indiana müssen Heirathen durch einen Geistlichen oder Richter geschlossen werden, wozu diese durch einen Erlaubnisschein von dem Secretär des Bezirksgerichts autorisirt werden. Und wenn beide Theile unter dem Alter von 21 und 12 Jahren sind, so darf die Erlaubnis nicht gegeben werden ohne die Zustimmung der Eltern oder Vormünder. R. Statutes of Indiana 1838 p. 410.

„Das Statutgesetz in Connecticut verlangt, daß die Heirath durch einen Geistlichen oder Magistrat vollzogen werde und verlangt die vorherige Publication der Absicht zu heirathen und die Zustimmung der Eltern, wenn die Parteien minderjährig sind, und ferner, daß ein Certificat über die geschlossene Heirath zu Protokoll genommen wird, und es belegt diejenigen mit Strafe, welche die Bestimmungen nicht beobachten. Gleichwohl geht die Meinung des gelehrten Verfassers der Abhandlung „„on the domestic relations““ (Reeve) dahin, daß eine Heirath, die nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts mit Außerachtlassung aller der obigen Verordnungen geschlossen würde, dennoch eine giltige Heirath sei. Dasselbe muß, wie sich aus dem Processe Wyckoff c. Boggs schließen läßt, die Regel in New-Jersey sein, wo der Heirathscontrakt ähnlichen legislativen Bestimmungen unterworfen ist. Es ist der Grundsatz, wie er richterlich ausgesprochen ist, in New-Hampshire, Pennsylvania und Kentucky und durch ein Gesetz in Alabama und Vermont, und die Heirath wird für giltig gehalten in Bezug auf die Parteien selbst, wenn sie der Form nach nicht nach den Forderungen ihrer Landesgesetze abgeschlossen worden ist. Wahrscheinlich gibt es gesetzliche Bestimmungen ähnlicher Bedeutung in andern Staaten der Union, und wo solche nicht existiren und ihre specielle Anwendung finden, fällt der Contrakt überall in diesem Lande (mit Ausnahme von Louisiana) unter das englische gemeine Recht.

Anmerk. „Das Statutargesetz von Pennsylvania belegt die Magistratsperson oder den Geistlichen mit Strafe, wenn er einen Minderjährigen oder Lehrling ohne des Vaters oder Meisters Zustimmung verheirathet.

„Das statutarische Heirathsgesetz in Ohio ist im Wesentlichen dasselbe, Statutes of Ohio 1831. Es bestimmt, daß im Alter von 18 und resp. 14 Jahren Heirathen geschlossen werden können; wenn der Mann jedoch unter 21 Jahren und die Frau unter 18 Jahren alt ist, so muß vorher die Zustimmung des Vaters oder Vormunds eingeholt werden; ebenso muß eine Verlesung des Aufgebots an zwei verschiedenen Tagen, an denen öffentlicher Gottesdienst gehalten wird, in Gegenwart der versammelten Gemeinde stattfinden, oder aber eine Erlaubnis von dem Secretär des Landgerichts, wo die Frau wohnt, vorhanden sein; und wenn jemand die beiden Theile ohne solches Aufgebot und Erlaubnisscheine verheirathet, so hat er eine schwere Strafe zu gewärtigen. In North-Carolina wurde das Heirathswesen durch eine Reihe von Statuten von 1715, 1741, 1766 und 1778 geordnet und Tennessee nahm das Statutarrecht des Mutterstaates an, und es ist so gehalten worden, daß, wenn eine Heirath gehalten wurde ohne die statutarmäßige vor-

Digitized by Google

geschriebene Erlaubnis oder in Ermangelung derselben ohne die gesetzliche Bescheinigung der verlesenen Aufgebote, sie eine ungesetzliche und ungiltige Heirath ist, wenigstens in Bezug auf öffentliche Anklage wegen Bigamie.

„Personen zu verheirathen ohne Erlaubnis von den Secretären des ordentlichen Gerichtshofs oder ohne daß statt dessen drei mal in einem öffentlichen Gotteshause die Aufgebote verlesen worden sind, zieht in Georgia eine Strafe nach sich. Prince's Dig. 1837 pp. 231. 649. Hottekiss, Dig. 1845 p. 329."

In Betreff des Erbrechts der Witwe ist in Vol. IV Sect. LV. Folgendes bemerkt:

„Die nächste Art lebenslänglichen Nießbrauchs eines Guts kommt bei dem Witthum vor. Der Anspruch darauf tritt ein, wenn ein Mann im Besitz eines erblichen Grundstücks ist und bei Lebzeiten seiner Frau stirbt. In diesem Falle hat sie nach gemeinem Rechte für die Zeit ihres Lebens Anspruch auf den dritten Theil aller derjenigen Ländereien, in deren wirklichem oder rechtlichem Besitz ihr Gatte zu irgend einer Zeit ihres ehelichen Zusammenlebens sich befand, und die irgend welche ihrer Kinder aus dieser Ehe möglicherweise hätten erben können."

Wegen der überaus großen praktischen Wichtigkeit der obigen Frage ist dieselbe bereits mehrfach Gegenstand richterlicher Entscheidungen geworden, welche auch anderwärts bis zur höchsten Instanz gediehen sind, wie sich aus Seuffert's Archiv ꝛc. Bd. I S. 127, Bd. II S. 218. 322, Bd. XII S. 79.; Buchka und Badde, Entscheidungen ꝛc. Bd. II S. 15 u. 14 ergibt. Auch in processualischen Lehrbüchern wird in neuerer Zeit dieser Frage besondere Aufmerksamkeit zugewendet, z. B. in Langenbeck, die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 1. Abth. §. 1 ff. S. 86.

Es mag ferner auf eine in neuerer Zeit von Dr. J. J. Gundermann, Königl. Advokat in München, erschienene Schrift: „die Common Law" auch unter dem besonderen Titel: Besitz und Eigenthum in England. XXXVI. 508 S. Tübingen 1864, hier aufmerksam gemacht sein, weil sie offenbar die vorliegende Frage mitberührt, wie denn auch die A. A. Zeitung 1864 S. 3933 für den praktischen Werth dieser Schrift auf die weite Ausdehnung des englisch-amerikanischen Rechts und weiter darauf hinweist, daß der stetig wachsende Weltverkehr die Kenntnis fremder Rechtsbestimmungen immer nöthiger mache.

Der Rechtsstreit, in welchem die oben bemerkte Frage Gegenstand der Verhandlungen geworden und namentlich das in dem Staate Pennsylvanien geltende Eherecht erörtert worden ist, betrifft einen nicht unbeträchtlichen Nachlaß, welchen die Witwe eines aus dem Großherzogthum Weimar dahin Ausgewanderten für sich und ihr mit demselben erzeugtes Kind in Anspruch nimmt, dessen eheliche Geburt das qu.

Digitized by Google

Erbrecht bedingt. Über das Thatsächliche dieses Rechtsfalls ist zunächst Folgendes zu bemerken.

Die beiden Brüder von B. — Wilhelm und Justus — besaßen gemeinschaftlich ein im Amtsbezirk E. gelegenes Rittergut. Justus von B. wanderte im Jahre 1847 nach Amerika aus, ertheilte aber vor seiner Abreise seinem Bruder Wilhelm Vollmacht zur Verwaltung auch seines Antheils an dem gemeinschaftlichen Gut, welche Vollmacht derselbe übernahm. Am 22. Juni 1855 ist das erwähnte Gut von ihm an den Oberamtmann H. verkauft und übergeben worden. Da um diese Zeit genannter Wilhelm von B. von dem Leben und Aufenthalt seines Bruders Justus ohne bestimmte Nachricht war, so beantragte er bei dem rc. Justizamt zu E., dessen Antheil an dem Kaufgeld für dasselbe zum amtlichen Depositum zu nehmen; was auch geschehen ist.

Am 23. August 1857 zeigte der Rechtsanwalt B. dem Justizamte zu E. daselbst an, daß Justus von B. gestorben sei und als Erben seine Witwe Pauline geb. Liebenau zu Philadelphia sowie einen mit derselben ehelich erzeugten Sohn Friedrich Albert hinterlassen habe, für welchen der Königl. Würtembergische Consul Fr. Klett zu Philadelphia als Vormund bestellt sei. Beide hätten ihn bevollmächtigt, ihre Rechte an dem Nachlaß des Justus von B. zu vertreten. Er überreichte zugleich eine von genanntem Klett und Pauline Saling — weil sich die Witwe geb. Liebenau mittlerweile anderweit mit A. Saling in Philadelphia verheirathet — am 10. Juni 1857 ausgestellte und mehrfach obrigkeitlich beglaubigte Vollmacht und beanspruchte die Auskantwortung des Nachlasses des verstorbenen Justus von B. an ihn als Vertreter der vorgenannten Erben desselben.

Dieser Antrag veranlaßte den Wilhelm von B. zu Anstellung einer Provocationsklage gegen den Antragsteller, in welcher er zwar selbst anführte, daß sein Bruder Justus am 11. November 1853 auf hoher See auf einer Reise von den Sandwichsinseln nach Amerika ohne Testament gestorben sei, aber die Erbberechtigung der genannten Pauline Saling und deren Sohnes Friedrich Albert an dem Nachlaß des Justus bezweifelte und verlangte, daß dieselben das prätendirte Erbrecht an dem qu. Nachlaß mittelst förmlicher Klage gegen ihn geltend machen sollten. Der schließliche Ausgang dieses Vorprocesses war der, daß die Provocaten verurtheilt wurden, die gerühmten Ansprüche binnen 30 Tagen mittelst förmlicher Klage geltend zu machen.

Am 22. März 1859 ist sodann auch diese Klage bei dem rc. Kreisgericht zu E. eingereicht worden. In derselben wird u. a. mit Bestimmtheit behauptet: Am 11. Nov. 1853 sei Justus von B. auf einer Reise von den Sandwichsinseln nach Amerika auf hoher See gestorben und

Digitized by Google

habe zu seinen gesetzlichen Erben hinterlassen: 1) seine Witwe Pauline geb. Liebenau und 2) seinen Sohn Friedrich Albert. Justus von B. und Pauline Liebenau, beide damals zu Pottsvill, Grafschaft Schayhill, Staat Pennsylvanien lebend, wären am 24. Dec. 1848 oder doch im Jahre 1848 von dem Pfarrer der deutschen und reformirten Kirche zu Pottsvill gesetzlich und kirchlich copulirt worden. Beide Eheleute hätten dann mehrere Jahre zusammen, zuerst in Pottsvill, dann in Philadelphia gelebt. Am 28. Januar 1850 oder doch im Jahre 1850 habe genannte Pauline geb. Liebenau zu Philadelphia, wohin sie mit ihrem Ehemann gezogen, einen Sohn geboren, der in der Taufe den Namen Friedrich Albert erhalten habe und noch lebe. Derselbe sei während bestehender Ehe zwischen seiner Mutter und Justus von B. geboren worden und letzterer habe ihn auf seinen Namen taufen lassen. Das Klaggesuch ist auf Rechnungsablegung und auf antheilige Abgewährung des Vermögens des Verstorbenen gerichtet.

In der von dem Beklagten auf die Klage bewirkten Einlassung wurden wesentliche thatsächliche Behauptungen derselben negirt und das von den Klägern beanspruchte Erbrecht wurde bestritten, einestheils weil nach dem hier in Anwendung kommenden im Staate Pennsylvanien geltenden Ehe- und Erbrecht nicht dargethan sei, daß Justus von B. und Pauline Liebenau in giltiger Weise mit einander verheirathet gewesen und Friedrich Albert von B. in dieser Ehe erzeugt worden sei, sodann aber auch weil selbst bei Annahme der Giltigkeit dieser Ehe daraus noch nicht folge, daß die Mitklägerin Pauline Saling, vorher verehelichte v. B. geb. Liebenau, als Witwe des Justus von B. zu dessen Nachlaß mit erbberechtigt sei. In den nordamerikanischen Freistaaten bestehe nemlich ohne Ausnahme das Institut der sogen. Civilehe, worunter man die Einrichtung verstehe, nach welcher eine rechtsgiltige Ehe nur durch einen Civilakt geschlossen werden könne und keineswegs von der priesterlichen Trauung abhänge. Letztere sei dabei ganz unwesentlich, bewirke ohne vorausgegangenen oder nachfolgenden Civilakt keine Ehe und sei lediglich eine Handlung, welche nach der herrschenden Sitte eine lange Zeit für angemessen gehalten, deshalb von vielleicht den meisten Ehepaaren gewünscht worden sei, von der aber in neuerer Zeit immer mehr abgesehen werde. Der Civilakt selbst sei in den verschiedenen Staaten der nordamerikanischen Union seinen Formalitäten nach wieder verschieden, allein das Institut der Civilehe selbst mit seinen rechtlichen Voraussetzungen ohne Ausnahme in der ganzen Union eingeführt. Im Staat Pennsylvanien bestehe das Institut der Civilehe und komme durch einen Civilcontrakt zu Stande, der entweder vor einem Friedensrichter oder einem Justizbeamteten oder in Gegenwart von mindestens zwei

Digitized by Google

Zeugen abgeschlossen werden müsse, und wenn ihm die Solennität einer dieser drei Formen abgehe, nichtig sei. Die einzelnen näheren Bestimmungen über die Civilehe, ihre Formalitäten und dergl. brauche der hiesige Richter nicht zu kennen, sondern es sei Sache derjenigen Partei, welche sich darauf berufe, solche anzuführen und sie erforderlichen Falls zu beweisen. Die vorliegende Klage enthalte hierüber aber keinen Aufschluß, sondern nur die oben schon angeführte Behauptung über die in Pottsvill erfolgte priesterliche Trauung des Justus von B. mit Pauline Liebenau, somit nicht die Erfordernisse einer nach Pennsylvanischem Recht giltigen Ehe, durch welche das beanspruchte Erbrecht wesentlich bedingt sei.

Es wird sodann weiter mit Bestimmtheit behauptet, daß der in der Klage genannte Friedrich Albert von B. kein ehelicher Sohn des Justus von B. sei, mit Anführung verschiedener Thatsachen, aus welchen sich ergeben soll, daß Justus von B. in dem kritischen Zeitraume vor dem 28. Januar 1850 von Pottsvill längere Zeit abwesend gewesen sei und den Beischlaf mit Pauline Liebenau nicht vollzogen haben könne.

Zur Widerlegung der vorerwähnten an der Klage gemachten Ausstellung wurde in der Replikschrift und in einem Nachtrage zu derselben von den Klägern noch vorgetragen: Nach dem in Pennsylvanien geltenden Rechte werde allerdings die Ehe durch einen Civilakt, einen gewöhnlichen Privatvertrag abgeschlossen, der nicht allein dann Giltigkeit habe, wenn er vor zwei Zeugen abgeschlossen werde, sondern auch dann, wenn er vor irgend einem Geistlichen einer Privatkirchengemeinde abgeschlossen worden, möge dieser Geistliche ordinirt sein oder nicht. Im vorliegenden Falle sei nicht nur die Ehe zwischen den beiden Eheleuten am 24. Dec. 1848 vor einem Pfarrer der deutschen und reformirten Kirchengemeinde zu Pottsvill abgeschlossen und von diesem eingesegnet, sondern sie sei auch abgeschlossen worden in Gegenwart von zwei Zeugen, vor denen jene Eheleute die Eingehung der Ehe erklärt hätten. Es sei ausreichend, daß Mann und Frau als Eheleute zusammen wohnten und dafür gehalten würden. Jede auch nachträgliche Erklärung der beiden, daß sie eine Ehe eingegangen wären, genüge, um sie als Eheleute zu qualificiren. Darum müsse aber eine priesterliche Trauung genügen, gleichviel, ob der Geistliche ein ordinirter Geistlicher sei oder nicht.

Nach dem im Staate Pennsylvanien geltenden Rechte werde die Erbschaft jemandes, der ohne Testament sterbe und eine Witwe und ein Kind hinterlasse, bei beweglichem Vermögen so vererbt, daß die Witwe $\frac{1}{3}$, das Kind $\frac{2}{3}$ der Erbschaft erhalte; bei Grundvermögen erbe die mit einem

Digitized by Google

Kinde concurrirende Witwe das ⅓ nur auf Lebenszeit, nach ihrem Tode falle es an das Kind zurück, welches die übrigen ⅔ alsbald erbe.

In der Duplikschrift beantwortete der Beklagte diese nachträglichen Replikbehauptungen mit Nichtwissen, nur mit Ausnahme des Satzes, daß nach dem in Pennsylvanien geltenden Rechte allerdings die Ehe durch einen Civilakt, einen gewöhnlichen Privatvertrag abgeschlossen werde, welche Behauptung er bejahte.

Nach Beendigung des ersten Verfahrens verwarf das Gericht erster Instanz die erhobene Klage in der angebrachten Maße, weil dieselbe über das in Pennsylvanien geltende, hier zur Anwendung kommende Recht weiter nichts als die Behauptung enthalte, daß Justus von B. und Pauline Liebenau von dem Pfarrer der deutschen und reformirten Kirche zu Pottsvill gesetzlich und kirchlich copulirt worden seien, worin offenbar nur ein bloßes Urtheil enthalten wäre, dessen rechtliche und thatsächliche Prämissen fehlten. — Die in dem Repliknachtrag enthaltene, oben bereits näher angeführte Behauptung über das Institut der Civilehe sei verspätet.

Auf die von den Klägern dagegen eingewendete Appellation erkannte das Gericht zweiter Instanz reformatorisch auf Beweis der Klage mit Vorbehalt des Gegenbeweises ꝛc. und bemerkte in den Gründen: Über das in dem Staate Pennsylvanien hier allerdings zur Anwendung kommende Ehe- und resp. Erbrecht sei das Erforderliche aus der Klage zu entnehmen. Durch den Passus derselben. „Justus von B.... kirchlich copulirt" wäre die Thatsache der ehelichen Vereinigung beider nach gesetzlicher und kirchlicher Form im Allgemeinen genügend behauptet und es könne der nähere Nachweis hiefür dem einstigen Beweis überlassen werden. — Das in der Replikschrift Nachgetragene sei als verspätet nicht anzusehen, weil es nur eine weitere Detaillirung des im Allgemeinen schon in der Klage selbst Behaupteten enthalte und alles darauf ankomme, ob Kläger den ihnen hierüber obliegenden Beweis zu erbringen vermöchten.

Auf die von beiden Theilen dagegen eingewendete Oberappellation wurde das Beweisinterlocut aus den vom Gericht zweiter Instanz angeführten Gründen von dem OAGericht zu Jena mittels Bescheids vom 20. October 1860 bestätigt.

Darauf haben nun auch die Kläger den Beweis der Klage und der Replik in einzelnen Sätzen durch Urkunden, Zeugen, Sachverständige und Eidesantrag angetreten.

Nach Beendigung des desfallsigen Schriftenwechsels beider Partheien und nachdem ein solcher auch über den von dem Beklagten eingereichten Gegenbeweis stattgefunden hatte, erkannte das Gericht erster Instanz

Digitized by Google

definitiv dahin: der von den Klägern unternommene Beweis sei verfehlt, es werde daher Beklagter von der Klage entbunden ꝛc.

Auf die dagegen eingewendete Appellation wurde von dem Gericht zweiter Instanz theilweise reformatorisch erkannt und zunächst angeordnet: mit der Aufnahme des Klagbeweises durch Vernehmung der zum Beweissatz I 3 und 5 und II 2 benannten Zeugen proceßgemäß zu verfahren.

Der zum Beweissatz III 1 und III 3 unternommene Sachverständigen-Beweis wurde für unstatthaft erachtet.

Gegen diese Entscheidung wendeten beide Theile Oberappellation ein und es wurde darauf in 3. Instanz u. a. erkannt: es sei der zu Beweissatz III 1 und 3 von den Klägern unternommene Sachverständigen-Beweis für statthaft zu achten und demgemäß mit Vernehmung der als solche denominirten Rechtsanwälte Georg E. Earle und Richard J. Williams zu Philadelphia zu verfahren.

Aus den dieser Entscheidung beigefügten Gründen ist mit Rücksicht auf die in der Überschrift dieses Aufsatzes hervorgehobene Beweisfrage Folgendes hier zu bemerken:

„Der Beweissatz III 1 enthält die Behauptung: „„nach dem in Pennsylvanien geltenden Rechte werde die Ehe durch einen Consensualvertrag abgeschlossen, der durch jede Erklärung der beiden Theile in der Gegenwart abgeschlossen werde und keinerlei Form erfordere. Nach diesem Rechte sei zwar die Eingehung der Ehe durch priesterliche Trauung nicht vorgeschrieben. Wenn aber Mann und Weib sich durch einen Priester trauen und copuliren ließen, so werde doch aus dem Akte der priesterlichen Copulation der beiderseitige Consens constatirt und komme daher nach jenem Rechte eine giltige Ehe auch durch priesterliche Copulation zu Stande.““

„Dieser Satz soll u. a. bewiesen werden durch drei Rechtsgelehrte, namhaft gemachte Mitglieder verschiedener Juristenfacultäten in Deutschland und zwei am höchsten Gerichtshof des Staates Pennsylvanien angestellte in Philadelphia wohnhafte Rechtsanwälte. Georg E. Earle und Richard J. Williams als Sachverständige. Der Beklagte bestreitet die Zulässigkeit des Beweises eines ausländischen Rechts durch Sachverständige und beruft sich dabei auf die Abhandlung von Mittermaier im Archiv für civilist. Praxis Bd. XVIII S. 67 ff. Das Gericht 1. Instanz hat in seinem Bescheid erkannt, die Vernehmung dieser Sachverständigen sei an sich zwar zulässig, diese Vernehmung aber deshalb zu unterlassen, weil der von den Klägern unternommene Beweis im übrigen verfehlt und resp. irrelevant sei, — indem der Beweis eines ausländischen Rechts durch Sachverständige unzulässig sei, weil, wenn auch im vorliegenden Falle die angegebenen Sachverständigen aussagten, daß das im Beweissatze Vorgetragene in Pennsylvanien Rechtens sei, der Richter dadurch sich doch nicht bestimmen lassen dürfe, darauf hin es auch selbst für Recht anzuerkennen, da er, wenn er dies thäte, an seiner Stelle geradezu einen anderen das Urtheil fällen lassen würde.

Digitized by Google

„Das ꝛc. Gericht 2. Instanz hat hierüber im Allgemeinen die Ansicht ausgesprochen, daß bei dem Beweis eines ausländischen Rechts — im vorliegenden Falle des in Pennsylvanien geltenden Rechts — im Wesentlichen allerdings die von Mittermaier l. c. aufgestellten Grundsätze maßgebend wären und hiernach in Bezug auf den Beweissatz III 1 den Beweis für verfehlt erklärt, in Beziehung auf die angezogenen Sachverständigen solches durch die allgemeine Bemerkung rechtfertigend, es könne auch dem Sachverständigen-Beweise ein Gewicht nicht beigelegt werden, da in Bezug auf Gesetzesrecht Zeugen- und Sachverständigen-Beweis überhaupt ausgeschlossen sei. In dem Beweissatze unter III 1 ist nicht von einem solchen von der gesetzgebenden Gewalt des Staates Pennsylvanien promulgirten Gesetz — wie Mittermaier l. c. ein solches voraussetzt — sondern nur von dem daselbst giltigen Eherecht im Allgemeinen die Rede, und die Fassung dieses Beweissatzes ergibt, daß das von Mittermaier selbst S. 78 weiter angegebene eigenthümliche Verhältnis hierunter gemeint sei. Es waltet aber noch weiter ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen den zu Beweissatz III 1 angegebenen Sachverständigen ob. Die unter 1 und 2 Genannten nemlich sind Deutsche, zwar öffentlich angestellte Professoren der Rechtswissenschaft an allgemein bekannten und berühmten Hochschulen Deutschlands und auch als Schriftsteller in dieser ihrer Wissenschaft Männer von großer Autorität, wie denn ꝛc. Mittermaier — welcher unter den von den Klägern zu diesem Beweissatz vorgeschlagenen drei Sachverständigen mit genannt war — in der mehr erwähnten Abhandlung (S. 78) seine Bekanntschaft auch mit dem nordamerikanischen Recht wenigstens im Allgemeinen kundgegeben hat; allein es muß dem Beklagten darin beigepflichtet werden, daß sie demungeachtet als eigentliche Sachkundige für die vorliegende Frage nicht angesehen werden können, weil, wenn sie sich auch für wissenschaftliche Zwecke mit dem nordamerikanischen Recht zu beschäftigen Veranlassung gehabt haben, ihr Beruf es doch nicht mit sich gebracht hat, sich authentische Auskunft und Gewißheit über das in Pennsylvanien geltende Recht durch Prüfung der desfallsigen Quellen, der formellen Erfordernisse der einschlagenden Gesetze ꝛc. zu verschaffen.

„Anders verhält es sich aber mit den genannten amerikanischen Rechtsanwälten, welche nach Mittermaier im civilist. Archiv II. Bd. S. 123 unter den Gesichtspunkt von „sachverständigen Zeugen" gestellt werden können. Diese Personen sind im Staate Pennsylvanien und zwar in Philadelphia, der Hauptstadt dieses Staates, öffentliche Anwälte, bei dem dasigen Gerichtshof zur anwaltschaftlichen Praxis berechtigt, haben nach dem in soweit Glauben verdienenden Notariats- und resp. Consulats-Zeugnis (Bl. 99b und 103 act.) die Gesetze des Staats Pennsylvanien studirt und sind mit denselben vertraut; sie haben ferner rücksichtlich des hier in Frage stehenden Pennsylvanischen Erbrechts sich auf einzelne desfallsige Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für den Staat Pennsylvanien bezogen und sogar die betreffenden Parteien angegeben, in deren Rechtssachen diese Entscheidungen erfolgt sind; es kann daher nicht füglich bezweifelt werden, daß diese beiden Anwälte über den unter III 1 aufgestellten Beweissatz unter Anführung einschlägiger Rechtsquellen Auskunft in einer Weise zu ertheilen im Stande sind, daß die diesseitigen zum Rechtssprechen in der vorliegenden Rechtssache berufenen Gerichte solche als Grundlage ihrer Entscheidungen wohl benutzen kön-

Digitized by Google

nen, zumal bei dem von Mittermaier l. c. S. 78 angedeuteten eigenthümlichen Verhältnis, welches bei dem Beweise der meisten Bestimmungen des englischen und nordamerikanischen Rechts eintritt, weil der größte Theil dieser Rechte auf dem sog. common law beruhe.

„Bei dieser Beschaffenheit der über das Pennsylvanische Recht zu benutzenden Rechtsquellen, welche auch in dem zu den Akten gekommenen Zeugnis, ferner durch über das Amerikanische Recht vorhandene Literatur in James Kent, commentaries on American Law. New-York 1854 Vol. I—IV sowohl im Allgemeinen, als auch im Besondern im Betreff des Eherechts Vol. II S. 51 ff. und in Betreff des Erbrechts der Witwen Vol. IV S. 33 ff. bestätigt wird, muß gerade in der Aussage von Anwälten, welche als solche bei den höheren Gerichtshöfen beschäftigt sind und somit die sicherste Gelegenheit haben, die Aussprüche derselben über das geltende Recht kennen zu lernen, ein hauptsächliches Beweismittel für das hier in Betracht kommende Beweisthema gefunden werden. Von dem Inhalte der Aussage dieser beiden Amerikanischen Anwälte, wenn sie vorerst vor dem zuständigen Gericht eidlich vernommen sein werden, wird es alsdann abhängen, ob in derselben im Zusammenhalt mit den bereits vorliegenden eigenen Angaben des Beklagten über das in Pennsylvanien geltende Eherecht zu seiner Zeit bei Ertheilung des Endbescheids ein zureichender Grund gefunden werden kann, den Beweissatz III 1 für vollerwiesen oder nicht vollständig dargethan anzusehen, und Sache des Beklagten wird es sein, in Gebrauch des ihm nach §. 8 des Gesetzes vom 28. Mai 1857 zustehenden Fragerechts entweder durch Stellung geeigneter schriftlicher Fragen oder durch ausführliche Instruction an denjenigen Amerikanischen Anwalt, welchem er seine Vertretung bei der Vernehmung der beiden Anwälte in Philadelphia zu übertragen für nöthig erachten wird, allen denjenigen Zweifeln vorzubeugen, welche er Bl. 117 ff. Vol. I angeregt hat und welche Bl. 40 ff. und Bl. 112 f. Vol. II in den Gründen der beiden vorigen Instanzen geltend gemacht werden, aber immer nicht von solchem Belang sind, daß sie die Vernehmung dieser beiden sachverständigen Zeugen im Voraus als schlechthin vergeblich erscheinen ließen. Die genannten beiden Anwälte sind unstreitig hinlänglich befähigt, auf desfallsige geeignete Fragen über den Beweissatz unter III 1 Auskunft zu ertheilen, ob derselbe auf alten Statuten, Gewohnheitsrechten und Präjudicien beruhe, auch die formellen wie materiellen Erfordernisse dieser Rechtsquellen näher anzugeben, nicht minder, auch wenn ein von der gesetzgebenden Behörde hierüber promulgirtes Gesetz vorhanden ist, in ihren Aussagen den Anforderungen zu genügen, welche Mittermaier l. c. S. 76 an einen solchen Zeugen bereits stellt.

„2) Der Beweissatz III 3 betrifft die in Pennsylvanien bestehende Intestaterbfolge, wie solche oben bereits als Inhalt des Repliknachtrags angeführt worden ist. Als Beweismittel zu diesem Beweissatz sind angegeben: die Urkunde C. nach einer Übersetzung in Abschrift bei den Akten befindlich und der schon genannte öffentliche Anwalt Richardt J. Williams zu Philadelphia als Sachverständiger, hinsichtlich dessen Vernehmung das zu 1) Bemerkte auch hier gilt. Es ist — den Beschwerden des Beklagten gegenüber — weiter zu prüfen, ob der Beweissatz unter I 3 und 5, sowie der unter II 2 nach dem ertheilten rechtskräftigen Beweisinterlocut gegenüber relevant ist, wie dies in den Gründen des Erkenntnisses voriger Instanz angenommen wor-

Digitized by Google

den ist. Nach den Parteivorträgen im ersten Verfahren stimmen die Parteien im endlichen Resultat darin überein, daß nach dem in Pennsylvanien geltenden Recht eine vor zwei Zeugen abgeschlossene Ehe — die übrigen von dem Beklagten Bl. 20b Vol. I angegebenen Fälle kommen hier nicht in Betracht — als giltig angesehen werde. Der Beklagte behauptet dies mit klaren Worten und die Kläger haben dies in der Duplikschrift und in dem Nachtrag zu derselben ebenfalls behauptet. In einem solchen Falle greift überhaupt die Regel, „„excipiens non fatetur““ nicht Platz, vielmehr enthält das von dem Beklagten (Bl. 20b Vol. I act.) in den Worten: „„Die Ehe ist .... nichtig ist““ Angeführte allerdings ein Geständnis und überhebt die Klägerschaft in soweit des Beweises des unter III 2 aufgestellten Beweissatzes. Es fragt sich daher nur, ob zwischen Justus von B. und Pauline Liebenau in dieser Weise die Ehe zu Stande gekommen ist. Der Beweissatz unter I enthält nun diese Behauptung, unter 3 insbesondere die Namhaftmachung derjenigen drei Personen, in deren Gegenwart die Trauung des Justus von B. mit Pauline Liebenau von dem Pastor der deutsch-reformirten Gemeinde zu Pottsvill im Dec. 1848 erfolgt sein soll. Diese Personen sind nun aber als Zeugen hierüber angegeben, und es wird daher von dem Inhalt deren Aussagen mit abhängen, ob der Beweis hierüber gelingt. Wenn der Beklagte die Relevanz dieses Beweissatzes deshalb anfechten zu können meint, weil der Akt der Copulation nur ein Beweismittel für die Existenz des die Ehe zu Stande bringenden Consensualvertrags sei, dadurch aber nicht klar und bestimmt bezeichnet werde, was durch dieses Beweismittel bewiesen werden solle, nemlich nicht der durch bündige unzweideutige Erklärung beider Theile kundgegebene Abschluß eines Ehevertrags, so kann ihm hierin nicht beigepflichtet werden, da die ganze feierliche Handlung der Trauung und das dabei stattfindende kirchliche Ritual jenen Consens beider Theile voraussetzt und resp. nothwendig mit begreift. Wenn ferner das Gericht 2. Instanz in seinem Bescheid vom 7. Dec. 1861 den Beweissatz unter III 1 hauptsächlich auch deshalb für irrelevant erachtet, weil es sich hier nur um Solennitätszeugen handeln könne und nach der in Rede stehenden Einredebehauptung auch wirklich handle, nach hiesigem Recht aber Frauen als Solennitätszeugen nicht fungiren könnten, gleichwohl aber man aus dem, was der Beweis aufstelle, nicht entnehmen könne, daß die fragliche Ehe vor zwei männlichen Zeugen eingegangen sei, im Gegentheil der Beweissatz unter I 3 unter denjenigen Personen, welche bei der Trauung des Justus von B. mit Pauline Liebenau zugegen gewesen, dem Namen nach zwei weibliche Zeugen und nur Einen männlichen Zeugen benennen, so ist bereits in den Gründen des zweitinstanzlichen Erkenntnisses mit Recht dagegen bemerkt worden, daß, wenn — wie im vorliegenden Falle geschehen müsse — der Akt der fraglichen Eheschließung nach Pennsylvanischem Recht zu beurtheilen sei, auch die Eigenschaft der Zeugen nicht nach dem hier giltigen Recht beurtheilt werden dürfe und somit die hier über die Qualität der Solennitätszeugen bestehenden gesetzlichen Vorschriften nicht auf den vorliegenden Fall Anwendung erleiden könnten.

„In Ermangelung einer besonderen die Gegenwart von Solennitätszeugen bei der Eheschließung erfordernden Vorschrift des Pennsylvanischen Eherechts muß die Form der hier in Frage stehenden Eheschließung in Bezug auf die Qualität der dabei zugezogenen Zeugen nach den Grund-

Digitized by Google

sätzen des hier geltenden Eherechts beurtheilt werden, welches nach dem Concil. Trident. Sess. 24. cap. 1 keineswegs sog. Solennitätszeugen erfordert, sondern deren Tüchtigkeit nur als Beweiszeugen betrachtet wissen will, Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts II. Bd. S. 317, somit auch Frauenspersonen als Zeugen dabei zuläßt. Die Urkunde B Bl. 99 act. in der Übersetzung befindlich, welche über das Pennsylvanische Eherecht Auskunft enthält, erklärt die Aussage selbst Eines Zeugen zum Beweis der Thatsache einer Eheschließung für genügend, ohne zu bemerken, daß darunter ein sog. Solennitätszeuge zu verstehen sei und welche besondere Eigenschaft ein solcher haben müsse.

„Nach allem diesem muß der Beweissatz unter I 3 für relevant erachtet werden und die Vernehmung der zu demselben angegebenen in Pottsvill wohnenden Zeugen noch erfolgen, ehe in der Sache definitiv erkannt werden kann. Daß diese Vernehmung mit besonderen Weiterungen und Schwierigkeiten verbunden ist, kann solche, wie dies in beiden vorigen Instanzen bereits näher motivirt worden ist, nicht unzulässig machen.

„Es ist ferner auch der Beweissatz unter I 5, welcher ein außergerichtliches Geständnis des Justus von B. über seine Verheirathung mit Pauline Liebenau darthun soll, nicht ganz unerheblich, weil dieses Geständnis dazu dienen kann, die Aussage der drei unter I 3 benannten Zeugen über die am 24. Dec. 1848 in ihrem Beisein erfolgten Erklärungen des Justus von B. und der Pauline Liebenau zu ergänzen und zu unterstützen.

„Der Beweissatz unter II 2 betrifft die am 28. Jan. 1850 erfolgte Geburt des Friedrich Albert von B. und dessen am 19. Januar 1851 erfolgte Taufe, bei welcher Justus von B. dem Geistlichen seine Einwilligung dazu erklärt haben soll, daß der Knabe als sein ehelicher mit Pauline Liebenau erzeugter Sohn Friedrich Albert getauft werde. Neben der Urkunde O — Bl. 110 act. Vol. I in Abschrift befindlich — soll dieser Beweissatz auch durch zwei Zeugen — Georg Friedrich Hörnlein und Amalie Hörnlein zu Philadelphia — bewiesen werden. Dieser Beweissatz ist für die eheliche Geburt des Mitklägers Friedrich Albert, somit für das in Frage stehende Erbrecht von entschiedener Wichtigkeit und es kann daher den Klägern der Gebrauch der genannten Zeugen nicht versagt werden.“ ꝛc.

Über die Rechtsbeständigkeit der vor dem (Sondersh.) Gesetze vom 11. Mai 1830 abgeschlossenen, aber nicht zur gerichtlichen Anzeige gediehenen und nicht confirmirten Kaufcontrakte über Liegenschaften.

Von dem Herrn Justizamtmann Helmkampf zu Gehren.

In dem S. 216 ff. Bd. IX d. Bl. mitgetheilten Falle erkannte das Fürstl. Appellationsgericht zu Eisenach sowohl als auch das Oberappellationsgericht zu Jena gegen das Fürstl. Kreisgericht zu Sondershausen auf die Rechtsbeständigkeit der Contrakte über Liegenschaften, welche

Digitized by Google

vor dem 11. Mai 1830 abgeschlossen, aber nicht zur gerichtlichen Anzeige und nicht zur Confirmation gediehen sind und zwar auf Grund der Erläuterung zum Consolidationsedikte am 11. Nov. 1768.

Zu gleichem Resultate gelangten die Urtheilsverfasser in den nachstehend referirten Rechtsfällen, aus denen zugleich zu ersehen ist, was gegen die Anwendbarkeit der angeführten Erläuterung vom 11. Nov. 1768 in einem Theile des Fürstenthums Schwarzburg-Sondershausen aufgestellt worden ist, und daß diese Erläuterung sogar durch landesherrliches Rescript eine Aufhebung erfahren hat, trotzdem aber dem nicht anerkannten Kontrakte gewisse Wirkungen beigelegt wurden, welche in dem concreten Falle mit einer Rechtsbeständigkeit desselben gleich wirkend waren.

A.

Unter dem 3. Januar 1839 erhob die verehel. W. zu Martinroda gegen den Einwohner S. zu Wümbach eine Vindicationsklage auf Anerkennung des Eigenthums an einem von ihr durch Adjudicationsschein d. d. 22. Oct. 1818 erworbenen Achtel Erbgute, welches die Beklagte seit dem Monat April 1827 besitze.

Die Beklagte excipirte u. a.: im Monat April 1827 habe die Klägerin das Grundstück an einen gewissen P. verkauft, er sei in Folge zustehenden Näherrechts mit ihrer und des P. Bewilligung in den Kauf getreten, habe das Grundstück übergeben erhalten, und das Kaufgeld bis auf einen gegen das Versprechen der Verzinsung stehen gebliebenen Rest bezahlt, so daß ihm exceptio rei venditae et traditae zur Seite stehe, wenn auch Klägerin sich nunmehr weigere, den abgefaßten Kaufcontrakt anzuerkennen.

Die Klägerin berief sich replicando auf die Ungiltigkeit des Vertrags nach den Consolidationsedikten vom 23. Dec. 1721 und 5. Mai 1773 resp. dem Gesetze vom 11. Mai 1830.

Der Beklagte duplicirte die Nichtanwendbarkeit dieser gesetzlichen Bestimmungen in Folge der Erläuterung vom 11. Nov. 1768 resp. des Grundsatzes, daß spätere Gesetze auf frühere Fälle nicht bezogen werden könnten.

Die Juristenfacultät zu Jena wies unter dem 20. Sept. 1839 die erhobene Klage ab, da nach der Erläuterung von 1768 der abgeschlossene Vertrag rechtsverbindlich sei.

Hiergegen appellirte die Klägerin, die Fürstl. Regierung zu Arnstadt wies aber durch Rescript vom 28. Nov. 1839 das Rechtsmittel, ohne den Gegner gehört zu haben, zurück und zwar aus folgenden Gründen:

„Der erhobenen Vindicationsklage ist die Einrede entgegengesetzt wor-

Digitized by Google

den, daß die Klägerin im Monat April 1827 das beanspruchte Erbgut durch die Ortsvormundschaft zu Wümbach habe verstreichen lassen, daß hierauf der Beklagte als Gespildeberechtigter in die Kaufbedingungen des Licitanten eingetreten sei, den Besitz des Grundstücks ergriffen und einen Theil des Kaufgelds baar an die Klägerin bezahlt habe, während ihm der Rest gegen Verzinsung creditirt worden sei. Gleichwohl weigere sie sich, die darüber aufgenommene Urkunde zu vollziehen, weshalb die obrigkeitliche Bestätigung unterblieben sei. Bei Beurtheilung dieser Ausflucht kommt allerdings in Betracht, daß die correctorischen Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Mai 1830 auf die vor seinem Erscheinen perfect gewordenen Verträge keine rückwirkende Anwendung leiden; s. Glück, Commentar Th. I §. 21. Ebenso ausgemacht ist es, daß das landesherrliche Instruktivrescript vom 11. Nov. 1768 die Contrakte über unbewegliche Güter rücksichtlich des Privatinteresses der Paciscenten auch ohne nachgesuchte Confirmation für giltig erklärt. Die Wirksamkeit dieses Rescripts unterliegt deshalb keinem Bedenken, weil dasselbe nach Form und Inhalt die Natur einer authentischen Auslegung hat, welche nicht etwa die bestehende Gesetzgebung verändern, sondern lediglich deren richtige Deutung im Sinne des Legislators bezwecken wollte. Hiernach bedurfte dasselbe keine allgemeine Veröffentlichung, und wäre sie gleichwohl nothwendig gewesen, so würde doch jener Entscheidungsnorm der Werth einer Usualinterpretation insofern nicht abzusprechen sein, als die Justizbehörden des Landes sie instruktionsmäßig zu befolgen hatten und es im Zweifel anzunehmen ist, bei vorgekommenen Streitigkeiten auch befolgt haben werden. Jedenfalls erscheint demnach die exceptio rei venditae et traditae thatsächlich begründet und durch die Zugeständnisse der Klägerin ist dieselbe auch als erwiesen anzusehen.

„Zwar leugnet sie, daß die Veräußerung unter Concurrenz ihres Ehemanns geschehen sei; allein dieser Umstand hat auf die Entscheidung der Sache keinen Einfluß. Es verordnete das ältere Recht, daß den Weibern unschädlich und unnachtheilig sein sollte, was sie ohne Autorität ihrer ehelichen Vormünder schließen oder handeln; s. Churs. Constitut. 15 P. II. Der Grund hiezu lag unzweifelhaft in der Voraussetzung, daß bei Weibern wo nicht ein gänzlicher Mangel der natürlichen Fähigkeit zu contrahiren, doch wenigstens eine vorzügliche Gefahr der ungebührlichen Verleitung und Übereilung anzunehmen sei; s. Weber, Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit ed. 4. §. 77. Sie konnten also, da nur ihr Vortheil bezweckt wurde, in gleichem Verhältnisse mit Pupillen, s. Mackeldey, Lehrb. d. R. R. ed. 8. §. 584, in eigenem Namen aus den eingegangenen Rechtsgeschäften klagen; s. Carpzov, Def. P. II Co. 15 def. 2. Anders dagegen verhält es sich nach unserem neueren Rechte, durch welches die eheliche Geschlechtsvormundschaft in der Art aufgehoben worden ist, daß nur die Rechte des Mannes auf die Verwaltung und den Nießbrauch des Vermögens seiner Frau ungeschmälert bleiben sollen; s. Ges. vom 20. Oct. 1826. Was die letzteren betrifft, so ist zwar ebenfalls der Ehefrau untersagt, ohne Genehmigung des Mannes ihre Güter zu veräußern, s. Sachsenspiegel Bch. I Artt. 31 u. 45, indessen dieses Verbot hat lediglich das Interesse des Mannes im Auge. Folglich steht nur ihm die Befugnis zu, das Geschäft anzufechten, wenn und soweit dasselbe eine Verletzung seiner Verwaltungs- und Nutzungsrechte befaßt. Will oder kann er, weil der Streit Receptitien betrifft, s. Curtius, Handb.

Digitized by Google

des Landrechts ed. 2. §. 127, nicht selbst klagend auftreten, so muß die Frau den Handel gelten lassen, mag derselbe giltig oder verboten sein, denn in jenem Falle ist sie zur Gewährleistung verpflichtet; s. Mackeldey a. a. O. §. 271, und in diesem wegen ihrer Theilnahme an dem unerlaubten Geschäfte gehindert, das freiwillig Gegebene zu reclamiren, s. Weber a. a. O. §. 76 Nr. 2. Hieraus ergibt sich, daß ihr die Befugnis zum Klagen abgeht."

Nunmehr wendete die Klägerin Leuterung ein und berief sich in der Interpositionsschrift darauf, daß die Erleuterung vom 11. Nov. 1768 durch späteres landesherrliches Rescript aus dem Jahre 1820 wieder aufgehoben sei. Das von Fürstlicher Regierung zu Sondershausen unter dem 26. Mai 1840 ertheilte Erkenntnis bestätigte aber die vorigen Urtheile und begründete diese Bestätigung, wie folgt:

„Die Entscheidung der vorliegenden Streitsache beruht lediglich auf der Beantwortung einer Rechtsfrage; denn beide Theile sind darin einverstanden, daß die W. zu Martinroda ein ihr gehöriges Achtel Erbgut an den Verklagten verkauft, daß sie ihm solches übereignet, er dasselbe in Besitz genommen und seit dem Jahre 1827 benutzt hat. Es entsteht daher bloß die Frage: ob die Klägerin auf den Grund, daß der fragliche Kauf gerichtlich nicht angezeigt worden, denselben rescindiren und das bereits vor 13 Jahren übergebene Achtel Erbgut wieder zurückfordern könne?

„Die gerichtliche Anzeige einer Veräußerung von Immobilien binnen 14 Tagen verlangen allerdings die Consolidationsedikte von 1721, 1743 und 1766 bei Pön der Nullität und gänzlicher Unverbindlichkeit; es wurden jedoch diese Gesetze durch eine authentische Interpretation Christian Günthers am 11. Nov. 1768 dahin erläutert, daß bei Emanirung derselben die Intention des Gesetzgebers nicht dahin gegangen sei, einem Theile der Contrahenten die Befugnis zuzugestehen, von einem rite et mutuo consensu geschlossenen Contrakte proprio lubitu abzugehen und sich von seinen einmal übernommenen Verbindlichkeiten willkürlich zu liberiren, daß vielmehr ein solcher Contrakt auch ohne impetrirte Confirmation inter partes contrahentes verbindliche Kraft behalten und nur dem Richter das Recht und die Pflicht zustehen solle, einen Contrakt, dessen Confirmation intra spatium legale nicht gesucht worden, zu rescindiren. Hieraus geht nun klar hervor, daß die Strafe der Nichtigkeit beim Unterbleiben der gerichtlichen Anzeige des Geschäfts nach den Consolidationsedikten bloß auf das richterliche Cassationsrecht bezogen werden darf. Eichhorn, Deutsch. Privatr. §. 95.

„In einem Fürstl. Rescript vom Jahre 1820, welches auszugsweise an das Fürstl. Justizamt Gehren gelangte, wurde jedoch unter wiederholter Erneuerung des Consolidationsedikts von 1721 bestimmt, daß, wenn die gerichtliche Anzeige des Kaufs unterbleibe, auch gänzliche Ungiltigkeit und Unverbindlichkeit des Geschäfts unter den Contrahenten selbst eintreten und die obige Interpretation nicht mehr zur Richtschnur dienen solle*).

*) Das Rescript Fürstl. Regierung zu Arnstadt, durch welches die landesherrliche Verordnung dem Fürstl. Justizamt Gehren bekannt gemacht wurde, lautet wörtlich: An das Fürstl. Amt Gehren.

Unsers gnädigsten Herrn Hochfürstl. Durchlaucht haben mittelst höchsten Rescripts zu verordnen huldreichst geruht, daß das landesherrliche Consolidationsedikt v. 23. De-

Digitized by Google

„Nach dieser zuletzt gedachten Verordnung scheint es nun, als sei der zwischen der Klägerin und dem Verklagten abgeschlossene Kauf unverbindlich und die Klage gegründet, allein dies ist nicht der Fall. Um das letztere zu beweisen, müssen wir zunächst an die Regel erinnern, daß ein correctorisches Gesetz die älteren entgegengesetzten Verordnungen nur in soweit aufhebt, als es deutliche Gründe dazu enthält und nur in sofern als das ältere Recht durchaus nicht mit dem neueren bestehen kann. Thibaut, Versuche I S. 217. Wenden wir diesen Grundsatz der Auslegungskunst auf den vorliegenden Fall an, so folgt zwar aus dem Fürstl. Rescripte von 1820, daß nicht mehr wie früher und wie es namentlich nach der authentischen Interpretation von 1768 der Fall war, aus einem gerichtlich nicht angezeigten Kaufe auf Erfüllung geklagt werden kann, sondern daß ein solcher unverbindlich und ungiltig ist; allein die hierin sehr wesentliche Frage: ob das, was zur Erfüllung eines solchen gesetzlich verbotenen Kaufes gegeben worden, zurückgefordert werden könne? ist in dem correctorischen Rescripte von 1820 auch nicht mit einer Sylbe erwähnt und folglich das gemeine Recht für abgeändert durchaus nicht zu achten. Wir müssen daher auf das letztere zurück-

---

cember 1721 erneuert und in dem Arnstädter und Amt Gehrer Landestheile dergestalt volle Kraft haben soll, daß bei der strengsten Verantwortlichkeit der dabei betheiligten Behörden auf dessen pünktliche Befolgung gesehen, die Contravenienten gehörig bestraft und schlechterdings keine Contrakte eher confirmirt und Giltigkeit haben sollen, bis die Bezahlung der Ab- und Zuschreibegebühren und insonderheit des Lehngelds nachgewiesen ist, auch jeder Contrakt, der nicht der Behörde binnen der gesetzlichen Frist angezeigt und zur gerichtlichen Confirmation überreicht worden, außer den in den Consolidationsedikten ausgesprochenen Strafen, als ungiltig betrachtet werden solle, so daß also nach einer Uns gewordenen weiteren höchsten Bestimmung die mittelst der Erläuterung vom 11. Nov. 1768 gegebene Norm nunmehr nicht mehr zur Richtschnur dienen kann, sondern lediglich der Inhalt gedachten Consolidationsedikts in Kraft tritt und mithin in Verfolg dessen für die Zukunft unter andern jeder Contrakt, der nicht innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist bei der Behörde angezeigt und zur Confirmation angezeigt ist, als durchaus und an und für sich ungiltig betrachtet werden muß und daher auch unter den Contrahenten keine verbindliche Kraft haben kann. Indem wir nun denselben hierdurch in Kenntnis setzen, so ist zugleich unser Begehren, Es wolle diese erneuerte höchste Verordnung nicht nur unverzüglich in den Seiner Aufsicht anvertrauten dortigen Amtsortschaften zu jedermanns Wissenschaft bringen, sondern auch sich selbst in vorkommenden Fällen darnach achten. Arnstadt den 7. Januar 1820. Fürstl. Schwarzb. Regierung. v. Kauffberg.

Die Bekanntmachung seitens des Amts an die Amtsuntergebenen erfolgte durch Publicirung vom 21. Januar 1820.

Auf obiges Rescript beziehen sich jedenfalls die von Schreck im Repertorium s. v. Consolidationsedikt Nr. 1 S. 71. 72 angezogenen landesherrlichen Rescripte vom 15. Nov. und 23. Dec. 1819, bei deren Relation aber der Zurücknahme der Erläuterung vom 11. Nov. 1768 eine Erwähnung nicht geschieht.

Zu bedauern ist es, daß seitens der Fürstl. Regierung nicht die landesherrlichen Rescripte selbst mitgetheilt worden sind, sondern ein eigenes Rescript ausgefertigt wurde, durch das man nur den Sinn jener erfährt.

Digitized by Google

gehen, was in diesem Bezuge sicheren Aufschluß ertheilt. Betrachten wir zunächst alle die Verträge, welche eine turpitudo in sich fassen (unter welcher man alles, was den Gesetzen und guten Sitten zuwider ist, versteht), so kann zwar nie auf Erfüllung des Versprochenen, aber auch ebenso wenig auf Zurückforderung des Gegebenen geklagt werden. Demgemäß — kann auch das im Spiele Gewonnene nicht eingeklagt, aber auch das bezahlte Verlorene nicht zurückgefordert werden. Doch wir müssen noch an ein anderes auf den vorliegenden Fall völlig passendes Beispiel erinnern. Bekanntlich ist der Kauf über eine Sache, deren Veräußerung die Gesetze verbieten, nichtig und der Käufer kann daher zur Tradition nicht angehalten werden, oder mit andern Worten, es findet keine Klage auf Erfüllung des Vertrags statt. Dagegen kann ebensowenig das einmal freiwillig übergebene Kaufobject zurückgefordert werden. Weber, Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 76 S. 325. Glück, Comment. §. 975 S. 45. In unserem Falle liegt die Sache noch insofern offenbar zum Nachtheil der Klägerin, daß sie die in Folge der Gesetze gebotene Anzeige des Kaufs bei Gericht unterlassen und späterhin als jene von Seiten des Verklagten erfolgt war, den Kauf anzuerkennen sich geweigert hat, obgleich sie der contraktsgemäßen Erfüllung desselben von Seiten des Verklagten geständig ist. Übrigens ist einerlei, ob auch der Verklagte gegen das Gesetz gehandelt hat, weil auch in einem Falle der Art Zurückforderung des Gegebenen nicht stattfindet. Weber und Glück a. a. O.

„Zu dem handelt es sich in dem vorliegenden Falle nicht einmal um einen ursprünglich verbotenen und nichtigen Kauf, sondern bloß um die Unterlassung einer Formalität, welche ungeachtet der erfolgten Erfüllung durch die Böswilligkeit und Chikane der Klägerin unterblieben ist, und es steht ihr sonach nach klaren Gesetzesworten die exceptio doli entgegen. Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse submoveri, nemini dubium est, quamvis alio jure dominium quaesierit; improbe enim rem a se distractam evincere conatur. l. 17 D. XXI 2. Aus den bisherigen Erörterungen erhellt nun, daß ungeachtet Pfeifer in den praktischen Ausführungen I S. 152 f. ein anderes darzuthun sucht, diejenigen Rechtslehrer recht haben, welche behaupten, daß ein von beiden Theilen erfüllter Vertrag nachher wegen der bloß nicht gesuchten gerichtlichen Bestätigung nicht umgestoßen werden könne, wenn auch Landesgesetze die gerichtliche Bestätigung unter Androhung der Ungiltigkeit des Contrakts vorgeschrieben haben sollten. Wernher, obs. P. IV obs. 68. v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörterung Bd. 4 S. 476 und Bd. 7 S. 290. Eichhorn a. a. O.*).

„Fassen wir nur noch einmal den Sinn der oben angeführten Landesgesetze zusammen, so sagen sie zwar, daß ein Kauf über unbewegliche Güter

*) Ein von der Juristenfacultät Halle im Jahre 1825 ertheiltes Erkenntnis in Sachen der Gebrüder H. zu Holzthaleben gegen H. daselbst wegen der Nachlassenschaft der geschiedenen F. bekannte sich zu demselben Grundsatze aus dem historischen Ursprunge der gerichtlichen Abschließung und erklärte, daß jedes bereits vollzogene Geschäft durch die bloße unterlassene gerichtliche Bestätigung im Gegensatze von der versagten keineswegs annullirt werde, sondern nur ein Klagrecht des einen Contrahenten gegen den andern auf Bestätigung begründet. Strube, rechtl. Bedenken Th. IV Bed. 124. Schröter, vermischte juristische Abhandl. B. I S. 444. Mittermaier, Grundsätze des D. Pr. R. §. 164.

Digitized by Google

vor erfolgter gerichtlichen Anzeige nicht verbindlich und klagbar sein soll; dagegen ertheilen sie den Contrahenten, die den Contrakt bereits erfüllt haben, gegen die bestehenden Vorschriften des gemeinen Rechts keineswegs die Befugnis, das in Folge des Vertrags Gegebene wieder zurückzufordern, denn eine solche Dispositition enthalten sie nicht und einen derartigen Sinn ihnen unterzulegen würde gegen alle Regeln der juristischen Hermeneutik sein."

B.

Am 11. April 1829 erkaufte der Meister M. zu Holzthaleben von dem Einwohner S. daselbst 3½ Acker Land für 160 Thlr. und erhielt nach Bezahlung der Kaufsumme das Grundstück überwiesen. Über dieses Geschäft wurde eine Urkunde errichtet und am 2. Mai desselben Jahres vom Käufer der zuständigen Behörde übergeben. Eine gerichtliche Bestätigung erfolgte nicht. Der Verkäufer starb 1834. Fünf Jahre nach seinem Tode belangten seine Erben den Käufer auf Zurückgabe des Grundstücks. Der Beklagte schützte gestützt auf den abgeschlossenen Kauf die exceptio rei venditae et traditae vor. Diese wurde als platzgreifend in erster Instanz von der Juristenfacultät Göttingen unter dem 23. Juli 1841 anerkannt, der Beklagte aber auf Grund anderer hier nicht interessirender Umstände auf Rückgabe verurtheilt.

Auf seine Appellation erkannte die Fürstl. Regierung zu Sondershausen durch Urtheil de publ. den 7. Febr. 1842 wenn auch im Ganzen zu seinem Nachtheile bestätigend, dennoch für Relevanz seiner Einrede.

Auf weiteres Rechtsmittel der Leuterung erfolgte von neuem eine Bestätigung durch die Juristenfacultät Halle durch Erkenntnis de praes. 31. März 1843, welches sich ebenfalls für Relevanz der Einrede aussprach, aus andern Gründen aber (weil die fraglichen 3½ Acker ohne landesherrliche Genehmigung ausgehufter Länderei verkauft worden waren), zu Gunsten der Kläger entschied.

Über die hier zu besprechende Frage besagen die Entscheidungsgründe:

„Es ist zwar in den Fürstl. Consolidationsedikten, namentlich in dem von 1766 anerkannt worden, daß keine Handlung, es sei an Erbschaftsvertheilungen oder auch an Kauf- und Wiederkäufen, desgleichen an Tausch oder Verpfändung über liegende Gründe, ohne darüber gesuchte und erhaltene obrigkeitliche und gerichtliche Confirmation schlechterdings nicht zu Recht beständig oder verbindlich, sondern vielmehr die Erbschaftstheilnehmer oder Contrahenten schuldig und gehalten sein sollen, binnen 14 Tagen von der Zeit des Schlusses an solche Handlungen zur gerichtlichen Confirmation gebührend einzureichen und zwar dieses bei Pön der Nullität und gänzlicher Unverbindlichkeit und daß solchergestalt ohne Confirmation schlechterdings kein liegendes Gut oder Grundstück irgend obligirt, noch dessen dominium auf keine Weise transferirt noch gesichert sein solle.

Digitized by Google

„Allein wenn gleich hieraus im Zusammenhalte mit der aktenmäßigen Thatsache, daß der in Frage stehende Kaufcontrakt unbestätigt geblieben, unzweifelhaft hervorgeht, es sei ungeachtet der hinzugetretenen Übergabe das Eigenthum an den eingeklagten Ländereien nicht auf den Beklagten übergegangen, so läßt sich doch keineswegs anderweitig behaupten, daß danach in gleich unzweifelhafter Weise auch der Kauf als solcher für null und nichtig zu erachten, im Gegentheil scheint es, nach dem Eingange das Edikts, welchem gemäß den ungebührlichen Verschweigungen stattgehabter Grundstücksveräußerungen entgegentgewirkt werden sollte, dem Gesetzgeber nicht sowohl auf Annullirung der bezüglichen Verträge, sondern vielmehr auf Entkräftung der Wirkungen, welche nach Sächsischem Recht, im Gegensatz des sog. dominium civile, dem durch bloße Tradition begründeten dominium naturale beigelegt werden: Kind, quaest. for. T. III Cap. 45 (ed. 2.). Zachariä, Annalen der Gesetzgebung Th. 2 S. 265 f. Haubold, Lehrbuch §. 186. 187; vergl. auch Eichhorn, Deutsch. Pr.-R. §. 175, angekommen zu sein, so daß darnach durch die Fürstl. Consolidationsedikte in der fraglichen Beziehung und Richtung nur die nemliche Streitfrage, welche in Churſachsen über die Zulässigkeit des gedachten dominium naturale besonders während des siebzehnten Jahrhunderts zur lebhaften Erörterung gelangte und daselbst 1661 in einer den obigen Bestimmungen der Consolidationsedikte entsprechenden Art ihre legislatorische Erledigung bekam: Weraher, sel. obs. P. III obs. 25 Nr. 7. Haubold a. a. O. §. 187 Not. a, gesetzlich entschieden sein würde. Zwar heißt es nun, in dem Fürstlichen Edikte von 1766, daß binnen 14 Tagen von der Zeit des Contraktsschlusses an solche Handlungen an Erbschaftsvertheilungen oder auch an Kauf- und Wiederkäufen ꝛc. zur gerichtlichen Confirmation gebührend einzureichen und zwar bei Pön der Nullität und gänzlicher Unverbindlichkeit, was sich allerdings auch auf den Contrakt beziehen könnte. Da indessen unmittelbar darauf hinzugefügt worden „„und daß solchergestalt ohne Confirmation schlechterdings kein liegendes Gut oder Grundstück irgend obligirt, noch dessen dominium auf keine Weise transferirt noch gesichert sein solle,"" so dürfte hiernach die obige nicht beschränkende Auslegung um so gewisser den Vorzug verdienen, als die entgegengesetzte, auch auf die Giltigkeit des Vertrags sich erstreckende, Interpretation unverkennbar ein so abweichendes Princip begründen würde, wie solches nur auf Grund deutlicher und völlig zweifelloser Gesetzesvorschriften oder einer ganz constanten Praxis zu rechtfertigen sein möchte. Dazu kommt aber sodann, daß der das Edikt von 1766 erlassende Durchlauchtige nun verewigte Fürst Christian Günther zwei Jahre später unter dem 11. Nov. 1768 in einer eigenen Declamation seinerseits selbst sich wortdeutlich dahin ausgesprochen hat, wie beim obigen Edikt seine Intention keineswegs dahin gegangen, wie den Contrahenten die Befugnis einzuräumen von einem rite et mutuo consensu geschlossenen Contrakte wider den Willen des andern Theils pro lubitu abzugehen; der Grund des Gesetzes bestehe vielmehr darin, daß die Vertheilungen und Veräußerungen nicht verschwiegen werden möchten, weshalb denn erläuterungsweise hiermit nochmals ausdrücklich erklärt werde, daß jeder geschlossene Contrakt quoad vim obligandi et ratione interesse privati inter partes contrahentes auch ohne impetrirte Confirmation seine verbindliche Kraft behalten solle. Daß übrigens diese Declaration, weil sie an die Regierung zu Arnstadt erlassen und selbiger darin

Digitized by Google

aufgegeben ist, die Unterobrigkeiten der Oberherrschaft und des Amtes Gehren darauf anzuweisen, deswegen auch lediglich und allein in der Oberherrschaft, nicht auch in der Unterherrschaft, in welcher sie angeblich nie publicirt worden, für normativ gehalten werden dürfte, wird zwar von den Klägern behauptet, läßt sich aber ungeachtet der zur Unterstützung beigebrachten Regierungs- und Facultätserkenntnisse*) mit Grund Rechtens um deswillen nicht

*) „So z. B. eines Erkenntnisses derselben Juristenfacultät Halle vom Jahre 1830 in Sachen T. zu Gotha gegen W. zu Billeben wegen Erfüllung eines Versprechens, welches der Erläuterung sogar den Charakter einer authentischen Interpretation ganz abspricht und unter anderm sagt: „„Obgleich indeß diese Erläuterung als eine authentische Interpretation sich bezeichnet, so ist ihr Inhalt doch mit den Bestimmungen des Mandats vom 26. Septbr. 1766, in welchem selbst nur ältere Verordnungen erneuert und wiederholt eingeschärft werden, nicht vereinbar. Die älteren Gesetze vom 24. Aug. 1639 und vom 3. Septbr. 1661 nemlich zu geschweigen, bestimmt das Edikt v. 23. Dec. 1731: „„Ferner setzen und ordnen Wir, daß keine Handlung an ... Kauf, Tausch ... über liegende Gründe außer gerichtlicher Confirmation giltig sein solle, binnen 14 Tagen ..... solche Handlungen zur gerichtlichen Confirmation einzureichen und zwar dieses nicht nur bei Pön der Nullität und Unverbindlichkeit."" ꝛc. Genau dieselben Worte kehren wieder in dem Mandate vom 5. März 1743 und mit kleinen verstärkenden Zusätzen auch in dem Mandate vom 26. Sept. 1766. Überdies geben diese verschiedenen Gesetze das pecuniäre Interesse an richtiger Abführung des Lehngelds keineswegs für das alleinige Motiv der Bestimmungen aus, sondern außerdem, daß durch die Contraventionen nicht nur die Handlungen selbst an sich in Unrichtigkeit und die Contrahenten in Unsicherheit gesetzt, sondern auch die Erb- und Handels- auch Lagerbücher und Lehnregister in Confusion gebracht würden. Auch ist das Princip dieser Edikte, in seiner vollen Strenge aufgefaßt, keineswegs ein singuläres, sondern wird auch in der Lehre des gemeinen deutschen Rechts überall anerkannt, wo die gerichtliche Confirmation im öffentlichen Interesse vorgeschrieben ist. Mittermaier D. Pr. R. ed. 5. §. 247 a. E. Ergibt sich nun hieraus, daß die in der Erläuterung vom 11. Nov. 1768 ausgesprochenen Grundsätze nicht in den Consolidationsedikten wahrhaft enthalten waren, so können sie als eigentliche Interpretation der letzteren nicht betrachtet werden. Es ist aber auch jene Erläuterung kein correktorisches Gesetz, sondern nur ein an die Regierung zu Arnstadt erlassenes Rescript, welches mit der Schlußclausel versehen ist: „„Nach welcher unserer Meinung und Interpretation Ihr dann in dermaligen und künftigen ähnlichen Proceßangelegenheiten zu verabscheiden, auch die Unterobrigkeiten unseres dortigen Landestheils und das Amt Gehren, daß sie darauf in vorliegenden Fällen reflectiren, anzuweisen habt.""

„Für die Unterherrschaft ist also die fragliche Erläuterung überall nicht publicirt.

„Die Trennung der Fürstl. Unter- und Oberherrschaft mit ihren besonderen Regierungscollegien war eine in den meisten Fällen durchgreifende, so daß die landesherrlichen Gesetze in beiden Landestheilen besonders publicirt wurden, in einzelnen Punkten verschiedene Normen maßgebend waren und bei manchen Gesetzen ein längerer Zwischenraum der Bekanntmachungen zu finden ist. Belege hiefür finden sich an vielen Stellen der Hellbachschen und Schreckschen Repertorien, so wurde z. B. das wichtige Proceßgesetz vom 1. Sept. 1802, welches in seinem Texte

Digitized by Google

billigen, weil es ſich hier keineswegs um ein neues, das bisherige Recht in materialibus abänderndes oder modificirendes Geſetz, ſondern einzig und allein um eine, mit dem Conſolidationsedikt vom Jahre 1766 gezeigtermaßen in der fraglichen Beziehung dem Inhalte nach übereinſtimmende, bloß auf Entfernung der Zweifel, welche der dunkle Text des Edikts veranlaßt hatte, abzweckende authentiſche Geſetzerklärung handelt. Denn nachdem dieſe Declaration einmal vom Landesherrn ausgegangen, mußte dieſelbe für ſämmtliche unter der declarirten Verordnung ſtehende Landestheile, auch ohne ausdrückliche Publication, eine gleiche Kraft und Bedeutung haben und jedenfalls, ſelbſt wenn man von der entgegengeſetzten Meinung der Kläger ausgehen wollte, immer für die Behörden der Unterherrſchaft, ſowie für die in deren Namen erkennenden auswärtigen Spruchcollegien betreffs der Auslegung des Edikts von 1766 als eine ihres Urſprungs wegen unabweisbare Rechtsautorität in Betracht kommen und geachtet werden. Iſt jedoch der bezügliche am 11. April 1829 urkundlich eingegangene Kaufcontrakt als ſolcher, trotz dem, daß die Confirmation nicht hinzugetreten, für die beiderſeitigen Contrahenten, alſo inſonderheit auch für den Verkäufer, den verſtorbenen S. „„quoad vim obligandi et ratione interesse privati““ als verbindend zu halten, ſo gilt dies begreiflich nicht minder für die jetzigen Kläger, welche als Erben des S. deſſen Handlungen als die ihrigen anerkennen müſſen und deren desfallſigen Klaganträgen daher die exceptio rei venditae et traditae rechtlich entgegenſteht. l. 1 §. 1 D. de except. rei vend. 21, 3. l. 75 D. de evict. 21, 2. Glück, Comment. Th. 20 S. 435.“

Nachwort. Seit dem Erſcheinen des correktoriſchen Geſetzes vom 11. Mai 1830, welches den über Grundſtücke abgeſchloſſenen Contrakten vor der gerichtlichen Anzeige alle Wirkung abſpricht, ſo daß jeder Theil freiwillig zurücktreten, alſo auch der Veräußerer das Geleiſtete zurückfordern kann, ſ. Kayſer Bd. IV S. 209. Vollert Bd. VII S. 92 dieſer Blätter, iſt eine ſo lange Reihe von Jahren verfloſſen, daß die Fälle ſelten geworden ſind, in denen die Geſetzgebung von 1830 zu berückſichtigen iſt. Die Möglichkeit, daß die letztere mehr anzuwenden iſt, liegt aber gegenwärtig vor, wo in Folge der Geſetze über die Gemeinheitstheilungen vom 2. April 1854 und 6. Januar 1855, über die Landesvermeſſung und die Anlegung von Flurbüchern vom 18. Octbr. 1851, 20. Januar 1853, 8. Juli 1857 und 21. Oct. 1858, vorzüglich aber über die Grund- und Hypothekenbücher, ſowie das Hypothekenweſen vom 20. Juli 1857 (Ausführungsverordnung vom 16. Nov. 1859) die Beſitztitel genau geprüft werden müſſen und alle die Fälle zur Unterſuchung kommen, in welchen Übergang von Liegenſchaften aus einer Hand in die andere ſtattgefunden hat, ohne daß Contrakte angefer-

allgemeine Beſtimmungen enthält, erſt im Jahre 1818 für die Oberherrſchaft publicirt und trat hier den 1. Octbr. desſelben Jahres in Kraft, während es in der Unterherrſchaft vom 1. Nov. 1802 ab beobachtet werden mußte; vergl. Reſcript der Fürſtl. Regierung Arnſtadt vom 22. Auguſt 1818, Bemerkung in Hellbachs Repertorium Seite 158 Zeile 12. 13. 14 v. o.“

Digitized by Google

tigt, zur gerichtlichen Anzeige gebracht und mit Confirmation resp. Zuschreibung versehen worden sind.

Rechtsfälle aus der Spruchpraxis des ꝛc. Appellationsgerichts zu Eisenach,

(Forts. von S. 108.)

mitgetheilt von dem Herrn Appellationsgerichtsrath Rebling das.

4.

Über das sog. Verbot des Kaufes der Früchte auf dem Halme.

Die Lehr- und Handbücher sowohl des gemeinen Civilrechts, wie des deutschen Privatrechts sprechen sich über das reichsgesetzliche Verbot der Früchte auf dem Halme verschiedentlich aus. Während einige, wie z. B. Curtius, Handb. des sächs. Civilrechts Bd. IV §. 1365 Ziff. 3, das fragliche Verbot ganz absolut und allgemein hinstellen, formuliren es andere, wie z. B.: Barth, Vorles. über das deutsche Privatrecht S. 91 Bd. V, vergl. Puchta, Handb. über das Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit §. 75 S. 206 Bd. I so: „Die Reichsgesetze untersagen den Verkauf der Früchte auf dem Halme, wenn nicht auf den gemeinen Werth des Ertrags nach der Zeit der Verabredung oder 14 Tage nach der Ernte contrahirt wird."

Die meisten aber sagen: „Der Verkauf der Früchte auf dem Halme ist nicht anders erlaubt, als um den Preis, den die Früchte entweder zur Zeit des Contrakts oder in den nächsten 14 Tagen nach der künftigen Ernte haben." Vgl. Glück, Pandekten Bd. 16 S. 43. Bluntschli, deutsch. Privatrecht §. 119 Ziff. 2 Bd. II S. 29, Bucher, Recht der Forder. §. 59 Not. 6 S. 198. Gerber in dem deutschen Privatrecht §. 174 S. 427 u. a. m. sieht in der betreffenden reichsgesetzlichen Bestimmung eine bloße Beschränkung des Verkaufs der Früchte auf dem Halme.

Bei dieser Verschiedenheit der Meinungen, von denen die zweite in der reichsgesetzlichen Bestimmung eine Formenvorschrift für den Verkauf der Früchte auf dem Halme zu finden scheint, ist es erforderlich, auf die Bestimmungen der Reichsgesetze selbst zurückzugehen, um daraus den wahren gesetzgeberischen Willen zu erfahren. Hierbei wird man vor allen Dingen erwägen müssen, daß das reichsgesetzliche Verbot oder auch nur die Beschränkung des Verkaufs der Früchte auf dem Halme ein der Staatsfürsorge entflossenes jus singulare bildet und deshalb

Digitized by Google

stricte zu interpretiren und zur analogischen Anwendung nicht geeignet ist; const. 35. Cod. de inoff. testam. III 28; l. 14 D. de legib. I 3. §. 6 Inst. de jur. natur. gent. et civ. I 2.

Von diesem Standpunkte ausgehend wird man zunächst die erste und zweite der vorangeführten Ansichten verwerfen müssen und die dritte nur dahin gelten lassen dürfen, daß das Verbot qu. bloß als beschränkende Ausnahme zu der regelmäßigen Verkehrsfreiheit rücksichtlich der Früchte auf dem Halme sich verhält, wie dies auch Gerber l. c. annimmt. Sowohl die Reformation guter Polizei von 1548 Tit. XIX §. 2, wie die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. XIX §. 2 stellt ausdrücklich den Kauf und Verkauf der Früchte auf dem Halme und das Herleihen von Geld auf dieselben als in der Regel erlaubt hin verb.: „daß männiglich dem armen Mann in der Noth und damit er seine Güter desto stattlicher erbauen, auch sonst mit anderer Nothdurft sich erhalten möge, auf Frucht fürzuleihen oder zuvor auszugeben erlaubt (unverboten v. J. 1548) sein soll" und es wird sodann erst die die Verkehrsfreiheit beschränkende Ausnahme hinzugefügt verb.: „jedoch das dasselbige Fürleihen oder Zuvorausgeben anders und mehrers nicht, als auf den Schlag und gemeinen Kauf, was nämlich der — Traid zur Zeit des Contrakts oder aber 14 Tage, die nächsten nach der — Ernden gelten wird, beschehn."

Hiernach hat im Falle, daß die Ausnahme begründet ist, der Verkäufer nur das Recht, den Vertrag anzufechten oder auf Nachzahlung jenes Betrags zu klagen, welcher zur Vervollständigung des reichsgesetzlichen Preisquantums (d. h. wenigstens des geringeren Marktpreises der beiden oben angegebenen Normaltermine) erforderlich ist, Gengler, deutsch. Privatrecht §. 87 Not. 1 S. 571 unten, und er kann sich hierzu der Klage wie unter Umständen der Einrede bedienen. Jedenfalls hat er die faktischen Grundlagen seiner Klage oder Einrede, daß und wie viel der wirklich gegebene Kaufpreis weniger betrage, als der wahre Werth oder der Marktpreis der Früchte zur Zeit des Contraktabschlusses oder 14 Tage nach der folgenden Ernte — zu behaupten und zu beweisen.

Man kann übrigens nach den Worten des Reichsgesetzes bestreiten, daß das Verbot auf den Kauf und Verkauf der fructus in herbis sich beziehe. §. 1 bei der Polizeiordnungen spricht von dem Hinausleihen und Geben von Geld oder anderen (Sachen) auf stehende Früchte unter dem Schein der Kaufmannschaft, von „Fürleihen, Fürstrecken und Vorausgeben", mithin von Fällen, in welchen ein Darlehen von Geld oder Sachen unter der Form eines Kaufgeschäfts versteckt wurde (abgesehen von dem hier nicht in Frage kommenden Traidgülten-

Digitized by Google

kaufe*), welcher erst in §. 3 der Reichspolizeiordnung von 1577 vorkommt). Es ist jedoch schon früh von den Commentatoren der Reichsgesetze angenommen worden, daß man das Verbot auch auf den Verkauf mit beziehen könne.

Gross in collat. rec. imp. et jur. rom sect. VIII. §. un. p. 348 verb.: „textuum nostrorum formale objectum esse res in venditionem deductas; quodsi quis negotium hoc pro mixto haberi vellet, quod partim mutui, partim tamen etiam emtionis venditionis speciem prae se ferat, ei non repugnabimus", wozu Gerstlacher, Handb. d. deutsch. Reichsgesetze Bd. X §. 88 S. 2143 Anmerkung 201 bemerkt, daß es sich mit unserm Gesetzestexte gar wohl zusammenreime, wenn man denselben von beiden Fällen (vom mutuo und von der emtio venditio) verstehe.

Jedenfalls wird das fragliche reichsgesetzliche Verbot nach der ratio legis in folgender Beziehung einer Beschränkung unterworfen werden müssen. Die beiden Reichspolizeiordnungen setzen in ihrem §. 1 resp. 3 l. c. voraus, daß das Geld oder die Sache Kaufgeld (wirkliches oder scheinbares) oder das Darlehn sofort, und ohne die Ernte abzuwarten, dem Getreideproducenten wirklich sogleich bezahlt worden ist verb.: „vorausleihen oder geben, fürleihen oder zuvorausgeben." Die ratio legis für die Bestimmungen beider Reichspolizeiordnungen ist eine doppelte: 1) rücksichtlich des Erlaubens des Verkaufs stehender Früchte im allgemeinen: es soll der arme Mann nicht Noth leiden, sondern es sollen ihm Mittel geschafft werden, damit er a) seine Güter desto stattlicher erbauen und b) sonst mit anderer Nothdurft sich erhalten möge; 2) rücksichtlich des Verbots: es soll den wucherlichen Contrakten und Betrügereien vorgebeugt werden, die unter dem Scheine des Kaufes vorkommen und getrieben werden, und denen der arme Mann um so leichter ausgesetzt ist, je geneigter er ist, um eines gegenwärtigen Stück Geldes willen einen größern, aber erst künftigen, noch entfernten

*) Nach der Reformation guter Polizei von Anno 1548 Tit. XIX ist offenbar nur von Geld und anderen Vorschüssen (Darlehnen) auf Halmfrüchte die Rede, welche in simulirte Kaufverträge versteckt zu werden pflegten verb.: „im Schein der Kaufmannschaft". Erst in §§. 2 u. 3 Tit. XIX der Polizeiordnung von 1577 geschieht auch des Getreide- und Weingültenkaufs Erwähnung, derselbe kommt jedoch für uns, weil schon längst obsolet geworden, nicht mehr in Betracht. Richtiger ist hiernach die von den im Texte citirten Schriftstellern abweichende Ansicht, daß die ganze gesetzliche Vorschrift sich im gegenwärtigen Rechte nicht auf den wirklich abgeschlossenen Kaufcontrakt beziehe, und daß der Ausdruck „Abkäufer" mit dem daneben gebrauchten „Herleiher" in §. 2 l. c. der Reformation und in §. 3 der Polizeiordnung — ganz gleich bedeutend und er als Scheinkäufer, in der Wirklichkeit aber als Darleiher zu denken ist.

Digitized by Google

Gewinn in die Schanze zu schlagen. Gerstlacher l. c. S. 2143. u. f. Anm. 201 Ziff. 1 und 2.

Dafür spricht auch die in §. 2 resp. 3 beider Reichspolizeiordnungen angedrohte Strafe des Verlustes der Hauptsumme, des Kaufgeldes für den Abkäufer oder Ausleiher, welche ohne Voraussetzung der Vorausbezahlung nicht denkbar wäre. Von einer solchen Vorauszahlung des Kaufgeldes ist aber bei einem gewöhnlichen (gemeinen) Kaufe, bei welchem in der Regel Leistung und Gegenleistung Zug um Zug, gleichzeitig stattfindet, nicht die Rede.

Die größte Beschränkung erleidet endlich unsere reichsgesetzliche Bestimmung noch durch die grammatische Interpretation. Das ausnahmsweise Verbot des Verkaufs der Früchte auf dem Halme für den Fall, wenn der gezahlte Preis hinter dem wahren Werthe oder Marktpreise der beiden oben angegebenen Normalzeiten zurücksteht, ist nach den Worten des Gesetzes offenbar nicht für alle Getreideverkäufer und Getreideproducenten als ein privilegium favorabile gegeben worden, sondern wie in den §§. 1 und 2 cit. der Reichspolizeiordnung von 1548 und den §§. 1, 2 u. 3 der Reichspolizeiordnung von 1577 stets und gleichmäßig gesagt wird, mit Rücksicht auf den armen Mann". Wenn man nun schon von vornherein Bedenken haben muß, daß der Gesetzgeber den Kreis oder die Classe von Personen, zu deren Gunsten eine Beschränkung der Dispositionsfreiheit hinsichtlich des Preissatzes eintreten soll, so unbestimmt ausgedrückt haben sollte, indem der Begriff von Armuth ohne nähere Bestimmung, wie z. B. im Proceßrechte, bezüglich des Armenrechts, ein sehr relativer und für die Rechtsprechung im einzelnen Falle ein ohne besondere Begründung kaum anwendbarer ist; so wird man von selbst auf eine Bedeutung des Wortes „arm" hingewiesen, welche im deutschen Rechte, in älteren Gesetzen und Urkunden vorkommt, und wonach ein armer Mann derjenige ist, welcher in einem mit persönlicher Abhängigkeit verbundenen Schutz- (z. B. vogteilichen) Verhältnisse einem andern gegenüber sich befindet*). Vgl. J. G. Gonne „Von armen Leuten" in J. Chr. Siebenkees, juriſt. Magazin Bd. I (Jena 1782. 8) Nr. XXIV §§. 11—16 S. 399 fl. Gengler l. c. §. 19 Anm. S. 98.

Dafür spricht auch aus §. 2 cit. XIX der Reichspolizeiordnung von 1577 der Passus: „welches dann alles nicht allein denselben armen Leuthen zu unwiederbringlichen Verderben, sondern auch ihren Herrschaften, denen sie fürter ihr Gebührniß viel desto weni-

*) Eine gleiche Bedeutung mochte das Wort „arm" auch in dem 1574 im Bauernkriege gebildeten „Bunde des armen Conrad" haben.

Digitized by Google

ger zu thun vermögen, zu grossen Abbruch, Nachtheil und Schaden gereicht u. s. w. —"

Hieraus ergibt sich, daß die reichsgesetzliche Beschränkung des Verkaufs der Früchte auf dem Halme, namentlich nach der Durchführung des Art. 33 der deutschen Grundrechte heutzutage entweder gar keine oder nur seltene Anwendung finden kann. Auch erklärt sich daraus die Wahrnehmung, daß von jeher im Verkehr unbeanstandet eine Menge von Kaufverträgen über auf dem Felde stehende Früchte abgeschlossen und vollzogen worden ist. Demgemäß hat das Appellationsgericht zu Eisenach sich ausgesprochen in einem Erkenntnis nach Ebeleben.

5.

Über die Tradition eines ideellen Theils an einer Sache.

In einer Klagsache der Geschwister von H. in L., Kläger gegen den Hauptmann H. in M., Beklagten wegen Lehnssuccession am Sandgute war dem letzteren von dem Kreisgericht zu E. in Gemäßheit eines rechtskräftigen Urtheils aufgegeben worden: binnen 14 Tagen den Besitz des den Klägerinnen rechtskräftig zugesprochenen sechszehnten Theils des Sandguts bei Vermeidung einer Strafe von 50 Thalern durch faktische Übergabe zu Besitz und Eigenthum abzutreten.

Hiergegen hat Beklagter das Rechtsmittel der Berufung eingewendet und behauptet, eine faktische Besitzesübertragung an einem ideellen Theile eines Grundstücks sei unmöglich, die Erklärung wegen Einräumung des Besitzes an einem Sechszehntel des Sandgutes (traditio longa manu) habe er aber bereits in den Akten abgegeben.

Das Appellationsgericht in Eisenach hat darauf confirmatorisch entschieden und dafür folgende Gründe angeführt:

„Die Ansicht, daß die Tradition eines ideellen Theils an einer Sache unmöglich sei, ist nur für bewegliche Sachen wahr, indem man solche nicht theilweise (pro parte indivisa) aus der Hand geben und theilweise behalten soll, bei Grundstücken läßt sich aber eine introductio in fundum, mithin die possessionis traditio recht wohl denken, und es kann, da nach den Begriffen der Römer nach einer einmal vorgenommenen realen oder physischen Theilung eines Grundstücks die entstandenen einzelnen Parcellen wieder als besondere selbständige Grundstücke betrachtet und als solche auch sprachlich bezeichnet werden müssen, auch in den Worten der Const. 8 Cod. de act. emt. et vend, IV 49. „„Si pater tuus venumdedit portionem suam (i. e. pro indiviso) nec induxit in vacuam possessionem praedii, jus omne penes se eum retinuisse certum est"" etc. etc. Vgl. l. 6 §. 8 Dig. commune dividundo 10, 3 verb.: „„nam et si pars socio tradita fuisset etc."" l. 24 §. 1 Cod., die gesetzliche Anerkennung der Möglichkeit der Besitzesübertragung an einem ideellen Theile gefunden werden. Vgl. überhaupt Gesterding, Lehre vom Eigenthum §. 23 S. 174 u. ff.

„Es fragt sich nur, wie eine solche Tradition vollzogen werde. Dar-

Digitized by Google

über kann aber kein Zweifel sein. Das Recht eines Eigenthümers pro parte indivisa erstreckt sich auf das ganze Grundstück oder den ganzen Grundstückscomplex und wird nur durch das quotative Antheilverhältnis beschränkt. Die faktische Übergabe muß sich daher auch auf die ganze äußerliche Ausdehnung des Grundstücks oder eines Grundstückscomplexes beziehen. Eine solche Besitzesübergabe durch Erklärung des bisherigen Besitzers kann aber nach l. 77 Dig. de rei vindic. 6, 1. l. 3 §. 1 und l. 18 §. 2 Dig. de acquir. possess. 41, 2 nur bei körperlicher Einführung in das Grundstück oder bei Überweisung desselben in der Nähe unter Anwesenheit der Interessenten geschehen, damit die Möglichkeit der sofortigen physischen Beherrschung für den neuen Besitzer entsteht. — Vgl. Savigny, das Recht des Besitzes 6. Aufl. §. 15 S. 235 u. ff.

„Einer solchen Tradition wird dann die Erklärung beigefügt, daß sich die Überweisung nur auf einen bestimmten aliquoten Theil beschränken soll, weil auf beiden Seiten das Bewußtsein des bestimmten Theilnahmeverhältnisses vorhanden sein muß. Damit ist die traditio eines praedii pro parte indivisa vollendet. Hiernach wird zugleich klar, daß die bloße schriftliche Erklärung des Beklagten zu den Akten als gehörige Tradition nicht betrachtet werden kann."

6.

1) Worin besteht die Übergabe der mit einem Grundstücke verbundenen Gerechtigkeit? 2) Kann von dem Verkäufer die Übereignung einer solchen Gerechtigkeit nach deren Eintragung in das Hypothekenbuch als eines Realrechts oder 3) der Nachweis gefordert werden, daß mit dem in Frage stehenden Grundstücke eine Realgerechtigkeit verbunden sei?

Die Kläger (ein Ehemann und seine Frau) verlangen in der Klage unter dem Anführen, daß Beklagter ihnen ein Wohnhaus nebst einer darauf ruhenden Backgerechtigkeit für 2650 Thlr. verkauft habe, aber bei den Übereignungsverhandlungen vor dem Justizamte nicht im Stande gewesen sei, das Bestehen der qu. Backgerechtigkeit innerhalb einer ihm bewilligten Frist darzuthun, — von dem Beklagten: a) binnen 30 Tagen die Lieferung des Nachweises, daß mit der verkauften libellirten Grundbesitzung eine Realbackgerechtigkeit verbunden sei; b) gerichtliche Übereignung dieser Gerechtigkeit nach deren Eintragung in die Hypothekenbücher als eines Realrechts und eventuell c) Herabsetzung des libellirten Kaufpreises auf den durch Sachverständige zu ermittelnden Werth der libellirten Grundbesitzung ohne die Realbackgerechtigkeit. Das Kreisgericht zu W. erkannte auf Beweis der Klage. Auf desfallsige Appellation des Beklagten erkannte das Appellationsgericht zu Eisenach reformatorisch, wies die Klage in der angebrachten Maße ab. Diese Reformatoria wurde folgendermaßen motivirt:

„Die Hauptverbindlichkeit des Verkäufers besteht zwar darin, dem Käufer die verkaufte Sache mit allen zur Zeit des Kaufabschlusses vor-

Digitized by Google

handenen, nicht ausdrücklich ausgenommenen Pertinenzen zu übergeben; allein diese Übergabe geschieht nur durch Einräumung des Besitzes und zwar in der Art, ut rem habere liceat emtori, mithin in der Art, daß der Käufer das Eigenthumsrecht an der verkauften Sache und etwa mit letzterer als Pertinenzen verbundene Rechte ausüben kann, ohne daran durch gegründete Rechtsansprüche dritter Person gehindert zu werden: l. 11 §. 2. l. 30 §. 1 D. de action. emt. vend. 19, 1.

„Daraus folgt für den Verkäufer die weitere Verpflichtung, im Falle die verkaufte Sache oder ihr anklebende Rechte dem Käufer von einem Dritten evincirt, d. h. durch Proceß abgestritten werden, demselben die Gewähr dafür zu leisten, auch wenn dies nicht ausdrücklich versprochen worden ist. Diese Verbindlichkeit tritt indeß, abgesehen vom Falle des dolus, nur dann ein, wenn dem Käufer die Sache (oder das Recht) durch richterliches Urtheil abgesprochen worden ist. Im vorliegenden Falle handelt es sich, da die Sache selbst geständiger Maßen bereits im Besitz der Kläger sich befindet, bloß noch um Übergabe der mitverkauften, als Pertinenz der Grundbesitzung aufrnhenden Realbackgerechtigkeit. Ein solches Recht kann nun nicht eigentlich im wirklichen Besitz sein, l. 3 pr. D. de acquir. poss. 41, 2. l. 4 §. 27 D. de usurp. 41, 3, und deshalb auch nicht wirklich übergeben werden; vielmehr ist die Ausübung des Rechts durch den Käufer mit der sich von selbst verstehenden Erlaubnis des Verkäufers als Tradition anzusehen. l. 20 D. de serv. 8, 1: „„ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse.““

„Nachdem der Käufer in den Besitz der libellirten Grundbesitzung gelangt ist, kann er das mit derselben verbundene Backrecht ausüben („„licet ei jure uti““), ebenso wie ihm die Ausübung des Eigenthumsrechts an der erkauften Grundbesitzung möglich ist („„licet ei rem habere““). — Von einer andern und besondern Übergabe der fraglichen Backgerechtigkeit kann daher gar nicht die Rede sein; die Leistung der Gewähr ist aber von dem Kläger nicht gefordert worden, und außerdem liegen die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit: Absprechen des Rechts durch richterliches Urtheil oder dolus, nicht vor.

„In der Klage findet sich aber nicht einmal die Behauptung, daß Verklagter den Klägern die Backgerechtigkeit nicht gewährt habe oder, was hier dasselbe ist, daß dieselbe gar nicht existire, und es ist unzulässig, mit dem vorigen Richter diesen Mangel der Klage als durch die klägerische Einlassung auf eine Einrede des Beklagten beseitigt zu betrachten, zumal nach dem Obigen in einer etwaigen Nichtausübung von Seiten der Kläger noch keine Verletzung der Contraktspflicht auf Seiten des Beklagten gefunden werden kann.

„Außerdem würde es auch dem Beklagten ganz unmöglich sein, die geschehene Übergabe (Gewährung) der Backgerechtigkeit zu erweisen, da es außer dem Processe im Gebiete des Privatrechts keinen wirksamen Beweis giebt, jener Beweis aber auch das Darthun des Vorhandenseins der Backgerechtigkeit mit umfaßt, für ein solches jedoch es an einem Proceß und an einem Proceßgegner fehlen würde, indem als letzterer doch jedenfalls die Klägerschaft nicht betrachtet werden könnte, da sie gerade auf der Gewährung dieses Rechts selbst und auf der, das Vorhandensein derselben voraussetzenden Ausübung für sich besteht.

Digitized by Google

„Der Antrag unter b) oben stellt sich aber als ganz unstatthaft dar, da von einer Übereignung von Rechten juristisch gar nicht die Rede sein kann, auch die Eintragung in das Hypothekenbuch aus den bereits vom vorigen Richter angegebenen Gründen unzulässig ist.

„Durch die obigen Ausführungen beseitigt sich auch das eventuelle Gesuch der Kläger, welches außerdem deshalb keine Berücksichtigung verdient, weil der angebliche Minderwerth in der Klage selbst nicht angegeben und in keiner Weise begründet worden ist."

Hiergegen wendeten die Kläger das Rechtsmittel der Oberberufung ein. Das OAGericht zu Jena bestätigte die appellationsgerichtliche Entscheidung aus folgenden Gründen:

„Die Beschwerden der Kläger sind unbegründet. Man kann sich deshalb füglich auf die vollkommen richtigen Gründe der vorigen Entscheidung beziehen und auf Beleuchtung desjenigen beschränken, was Kläger in jetziger Instanz dagegen vorgebracht haben.

„Wenn es auch richtig ist, daß nach dem in den meisten deutschen Staaten und insbesondere im Großherzogthum bestehenden Übereignungsverfahren bei Immobilien der Verkäufer eines Grundstücks seiner Verbindlichkeit gegen den Käufer nicht schon durch die Übergabe der Sache genügt, vielmehr in Gemäßheit des Gesetzes vom 20. April 1833 auch noch dafür zu sorgen hat, daß das Grundstück dem Käufer von Seiten des judex rei sitae gerichtlich übereignet werde, was den Nachweis des Eigenthums von Seiten des Verkäufers voraussetzt, so ist doch eine solche gerichtliche Übereignung nur bei Immobilien vorgeschrieben, nicht aber bei den mit einem Grundstücke verbundenen Gerechtigkeiten. Diese gehen als Zubehör des Grundstücks auf den Erwerber desselben über; hat der Verkäufer des Grundstücks dasselbe dem Käufer übergeben, was hier nach der Klage der Fall ist, so ist letzterer dadurch in den Stand gesetzt, auch die mit dem Grundstück verbundenen Gerechtigkeiten auszuüben, und eines mehreren bedarf es nicht, da an solchen Rechten kein wirklicher Besitz und daher auch keine wirkliche Übergabe denkbar ist. Eine gesetzliche Verbindlichkeit des Verkäufers, dafür zu sorgen, daß solche mit Grundstücken verbundenen Gerechtigkeiten dem Käufer gerichtlich übereignet werden, ist nicht vorhanden. Kläger berufen sich, um eine solche zu begründen, vergeblich auf das Gesetz vom 25. Juni 1847 über die Verpfändung von Gewerbsberechtigungen. Denn dieses Gesetz handelt nur von Gerechtigkeiten, welche nicht an den Besitz eines Grundstücks gebunden sind und führt im Eingange insbesondere auch die Backgerechtigkeit als ein Beispiel solcher Gerechtigkeiten an. Im vorliegenden Falle behaupten die Kläger auf Grund der im amtlichen Protokoll vom 23. Mai 1859 enthaltenen, in der Klage angeführten Vereinbarung und Erklärung: „„daß die auf dem Hause haftende Backgerechtigkeit in jenem Vertrage (dem libellirten Kaufvertrage) für die Kaufsumme von 2650 Thlrn. mit verkauft sei, und versprachen den Nachweis über den Erwerb derselben seitens des Verkäufers beizubringen, baten auch um Mitbestätigung dieser Gerechtigkeit"" ꝛc. eine vertragsmäßige Verpflichtung des Verkäufers, dafür zu sorgen, daß der libellirte Vertrag auch rücksichtlich der mitverkauften Backgerechtigkeit bestätigt und zu diesem Behuf der Erwerb derselben vom Verkäufer nachgewiesen werde; sie führen auch in der Klage an, daß die gerichtliche Bestätigung des Vertrags, jedoch, da ein Nachweis

Digitized by Google

der Realbackgerechtigkeit nicht habe verbracht werden können, nur hinsichtlich des Wohnhauses erfolgt sei. Wollte man nun auch eine Übernahme einer solchen Verbindlichkeit des Verkäufers und ein wesentliches Interesse des Käufers an deren Erfüllung annehmen, so folgt doch aus der Nichtbestätigung des Vertrags rücksichtlich der mitverkauften Backgerechtigkeit von Seiten des judex rei sitae noch nicht, daß diese Gerechtigkeit nicht existire; es konnte dem Verkäufer an urkundlichen Nachweisungen darüber fehlen, und in Ermangelung derselben das Gericht den Nachweis des Erwerbs der Gerechtigkeit seitens des Verkäufers ungenügend finden und deshalb die Bestätigung des Vertrags rücksichtlich der mitverkauften Gerechtigkeit versagen. Das schließt aber nicht aus, daß diese Gerechtigkeit doch bestehe und auf andere Weise als durch Urkunden nachgewiesen werden könne. Die Klage behauptet aber nicht einmal, daß Beklagter den Klägern die Backgerechtigkeit nicht gewährt habe, oder was hier dasselbe ist, daß dieselbe gar nicht bestehe, und man kann nicht, wie der Richter erster Instanz unzulässiger Weise gethan hat, diesen Mangel der Klage als durch die klägerische Einlassung auf eine Einrede beseitigt betrachten, zumal in einer etwaigen Nichtausübung von Seiten der Kläger noch keine Verletzung der Contraktspflicht von Seiten des Beklagten liegen würde, eine solche Verletzung vielmehr erst vorhanden sein würde, wenn den Klägern das Recht zur Ausübung (die Gerechtigkeit selbst) durch richterliches Urtheil aberkannt worden wäre. Es ist ferner auch richtig, was die Gründe des vorigen Erkenntnisses aussprechen, daß es dem Beklagten unmöglich sein würde, die geschehene Übergabe (Gewährung) der Backgerechtigkeit zu erweisen, da es außer dem Processe im Gebiete des Privatrechts keinen wirksamen Beweis, jener von den Klägern verlangte Beweis aber auch den Nachweis des Vorhandenseins der Backgerechtigkeit mit begreift, dafür es aber an einem Processe und an einem Proceßgegner fehlen würde. Proceßgegner können die Kläger nicht sein, da sie gerade auf die Gewährung dieses Rechts selbst und auf der das Dasein derselben voraussetzenden Ausübung für sich bestehen. Proceßgegner, gegen welchen der Beweis des Daseins der Gerechtigkeit wirksam geführt werden kann, ist nur derjenige, welcher den Klägern das Recht bestreitet und sie in dessen Ausübung stört. Hiernach erscheint der erste Theil des Klagegesuchs, daß Beklagter schuldig sei, binnen 30 Tagen den Nachweis zu liefern, daß mit der verkauften libellirten Grundbesitzung eine Realbackgerechtigkeit verbunden sei, ungerechtfertigt.

„Ebenso unstatthaft ist der zweite Theil des Klagegesuchs, auf gerichtliche Uebereignung der Gerechtigkeit nach deren Eintragung in die Hypothekenbücher als eines Realrechts; die Gründe der Unstatthaftigkeit sind bereits vorher angeführt.

„Das eventuelle Gesuch wegen Minderung des Kaufpreises erledigt sich durch das Obige."

Digitized by Google

Über den Judeneid nach gothaischem Proceßrecht,

mitgetheilt vom Herrn Kreisgerichtsvicedirector Dietrich in Gotha.

In einer bei dem Kreisgericht Gotha als Handelsgericht anhängigen Proceßsache hatte der zur mosaischen Religion sich bekennende Beklagte einen Eid abzulegen, welcher vom Gericht in der hergebrachten Weise so formulirt worden war: „Ich N. N. schwöre hiermit zu dem Gott meiner Väter, dem Gott Abrahams, Isaaks und Jakobs, daß ich" ꝛc.; die Betheuerungsformel lautete dem Eingange entsprechend: „So wahr mir helfe der Gott meiner Väter, der Gott Abrahams, Isaaks und Jakobs!"

Gegen diese Eidesformulirung remonstrirte der Beklagte und trug darauf an, daß ihm der Eid mit der Betheuerungsformel: „So wahr mir Gott helfe", abgenommen werde. Er suchte seinen Antrag damit zu begründen, daß diese Betheuerungsformel der jüdischen Religionslehre vollkommen entspräche, weshalb auch in andern deutschen Ländern jetzt bei Abnahme des Judeneides nur die Worte: „So wahr mir Gott helfe" gebraucht würden und überreichte zum Beweis dieser Behauptung Bescheinigungen zweier Rabbiner, des Dr. Levi zu Gießen, Großhzgl. Rabbiners der Provinz Oberhessen und des Großhzgl. Sächsischen Landrabbiners Dr. Heß zu Eisenach. Diese Zeugnisse lauteten: „Auf Ersuchen des Herrn N. N. gebe ich hiermit das wahrheitsgemäße Zeugnis ab (und alle meine Collegen, sämmtliche Rabbiner Deutschlands werden auf Verlangen das Nemliche thun!), daß nach der jüdischen Religionslehre zur vollen Giltigkeit eines Eides nichts weiter gehört, als einfach die Anrufung Gottes zur Bestätigung der Wahrheit einer Sache, als z. B.: „Ich schwöre bei Gott, daß ... oder: Ich rufe Gott zum Zeugen an, daß" ... Alles weitere Formen- oder Formelwesen dabei ist unverbindlich, unnöthig und in meisten Fällen sogar der Heiligkeit und Würde des Eides mehr schädlich als dienlich, worüber Fränkels und Steins Schriften, die Eidesleistung der Juden betreffend, den besten Aufschluß geben.

Gießen, den 12. Mai 1863.

(L. S.) Dr. Levi,
Großherzogl. Rabbiner der Provinz Oberhessen.

und:

„Auf Ersuchen des Herrn N. N. gebe ich hiermit das wahrheitsgemäße Zeugnis ab, daß nach der jüdischen Religionslehre zur vollen Giltigkeit eines Eides nichts weiter gehört, als einfach die Anrufung

Digitized by Google

Gottes zur Bestätigung der Wahrheit, wie denn auch nach der Gesetzgebung unseres Großherzogthums Sachsen-Weimar-Eisenach und vieler anderer deutschen Staaten die Formel des von den Juden abzuleistenden Eides nur einfach lautet:

„So wahr mir Gott helfe!"

Eisenach, den 30. Mai 1863.

Der Großherzogl. S. Landrabbiner

(L. S.) Dr. Heß.

Das Herzogl. Kreisgericht als Handelsgericht nahm jedoch auf die Protestation des Beklagten keine Rücksicht, sondern ertheilte, von der Erwägung ausgehend, daß die angeführte Formulirung des Judeneides im Großherzothum Weimar auf speciellem Gesetz beruhe, überhaupt auch die abweichende Praxis in andern deutschen Staaten für das Herzogthum Gotha nicht maßgebend erscheine, in letzterem vielmehr zur Zeit noch diejenige Form des Judeneides als giltig angesehen werden müsse, welche auf der Reichskammergerichts-Ordnung von 1555 fußend, durch die Observanz in den Ländern des sächsischen Rechts recipirt sei, eine Resolution dahin, daß es bei der (oben angeführten) Fassung des Eides und insbesondere bei der gewählten Betheuerungsformel das Bewenden behalten müsse.

Hiergegen erhob der Beklagte, welcher in materieller Hinsicht gegen die Fassung des Eides durchaus kein Bedenken hatte, vielmehr zur Ableistung desselben sich für allen Fall bereit erklärte, Nullitätsbeschwerde außerhalb der Sentenz; das Herzogliche Appellationsgericht zu Gotha aber, welches über das Rechtsmittel zu sprechen hatte, verwarf die Beschwerde und erkannte damit für das Herzogthum Gotha die angefochtene Betheuerungsformel bei dem Eid jüdischer Glaubensgenossen dermalen noch als zu Recht bestehend an. Aus den Entscheidungsgründen dieses Erkenntnisses ist Folgendes hervorzuheben:

„Die Sache selbst anlangend, entspricht die vom Handelsgericht zur Normirung des dem Querulanten obliegenden Eides gebrauchte Formel der über die Formulirung der Judeneide im hiesigen Lande bestehenden Observanz. Über den Bestand dieser letztern kann nach Ausweis der Eidesformularbücher kein Zweifel obwalten, und ist derselbe noch unlängst von dem unterzeichneten Gerichtshof auf eine desfallsige Anfrage des Großherzogl. S. Appellationsgegerichts zu Eisenach bezeugt worden. Gegen die Befolgung dieses Gerichtsgebrauchs kann aber den vom Querulanten angeführten Gründen ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden.

„Ein die Eidesformel für alle verschiedenen Religionsbekenner auf die Worte: „so wahr mir Gott helfe" gleichmäßig feststellendes allgemeines Gesetz besteht nicht. Der §. 19 der Grundrechte hat nie das vorbehaltene Ausführungsgesetz erhalten (vergl. Abschn. II Art. 1 und 3 Bd. II S. 107 flg. 109 Nr. 6). Die sonst jene vereinfachte Formel vorschreibenden Gesetze be-

Digitized by Google

ziehen sich nicht auf Civilsachen. In diesen ist sie allerdings gerade für den Gefährdeeid, wie ein solcher hier in Frage ist, zugelassen (vgl. G. P.-Ordn. S. 18), aber daß diese Formel auch für Juden genügen solle, ist weder gesagt, noch im Geiste des Gesetzes anzunehmen. Ebensowenig kann für dieselbe ein allgemeiner Gerichtsgebrauch constatirt werden, am wenigsten insofern es sich um die Frage handelt, ob sie auch die für Juden anwendbare sein solle. Für diese besteht zur Zeit noch die frühere Observanz fort, welche die durch die Reichskammergerichts-Ordnung von 1555 I. 86 geordneten Solennitäten erheblich beschränkt und ebensowohl der gemeinen Praxis (vergl. Glück, Comment. 12 S. 199 ff.), als den ältern und neuern Particulargesetzen (vgl. außer den von Richter, Kirchenrecht §. 275 Nr. 5 angeführten, namentlich das Königl. sächsische von 1840, das rudolstädtische von 1854, das dessauische von 1855, das coburgische von 1858) im wesentlichen entspricht.

„Die bindende Kraft eines solchen Gerichtsgebrauchs kann aber noch weniger durch allgemeine Reflexionen gelöst werden, wie sie der Querulant über die Bedeutung und den Zweck des Eides überhaupt sub 1 seiner Beschwerde anstellt. Diese Erwägungen haben ebenso wie die Berufung auf die beiden Rabbinerzeugnisse, die übrigens mit dem, was Particulargesetze bis in die neueste Zeit hinein zu sanctioniren für nöthig befunden haben, in Widerspruch stehen, nur Bedeutung de lege ferenda, und können für den Richter nicht maßgebend erscheinen. Von nicht größerem Gewicht für diesen darf es aber endlich sein, daß der Querulant behauptet und besonders betont, wie die observanzmäßige Formel seiner individuellen Überzeugung und seinen Religionsgrundsätzen nicht entspreche. Auf diese seine individuelle Überzeugung kommt nichts an. Die Übereinstimmung der Eidessolennitäten mit dieser und die jedesmalige Anpassung an sie ist nicht ausführbar, geschweige erforderlich.

„Nur der objektiv feststehenden Anschauung derjenigen religiösen Gemeinschaft, zu der der Schwurpflichtige sich äußerlich bekennt, muß die Form der Eidesleistung als eines religiösen Akts entsprechen, in dieser Form muß der Pflichtige ihn aber auch leisten, und hat der Proceßgegner ein Recht, ihn geleistet zu verlangen. Vgl. Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 117 Nr. XI S. 337 fl. Wetzel, Civilproceß §. 25 Nr. 12 u. 13 S. 160 flg. Eichhorn, Kirchenrecht II S. 547, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. III S. 85.

„Ob der Pflichtige die Eidesfassung für so unvereinbar mit seinen subjektiven Religionsansichten hält, daß er den Eid ablehnen zu müssen glaubt, ist und bleibt seine Erwägung."

Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts in Strafsachen.

Vom Herausgeber.

CCCLXXVII.

Zu Art. 332 Ziff. 3 und Art. 373 Abs. 6 d. StPOrdn.

Auf von der ledigen Therese E. zu S. gegen den Förster S. zu B.

Digitized by Google

wegen wörtlicher und thätlicher Beleidigung erhobene Anklage war von dem betreffenden Einzelrichter Termin zur Hauptverhandlung auf den 27. Mai 1864 anberaumt worden, in welchem beide Parteien so wie die von denselben angegebenen Zeugen erschienen und vernommen wurden, die Sache aber nicht zu Ende gedieh, weil die Anklägerin wegen Ausbleibens eines der von ihr angegebenen Zeugen um Anberaumung eines anderen Termins zu dessen Vernehmung bat. Das über diese Hauptverhandlung aufgenommene Protokoll ist zwar vorgelesen und genehmigt, von keiner der Parteien aber unterschrieben.

Tags nach diesem Termin benannte der Angekl. einen weiteren Entlastungszeugen und bat um dessen Mitvorladung zu dem anderweit anzuberaumenden Verhandlungstermin, welchem Antrag auch gefügt wurde; der Angekl. beantragte sodann weiter die Sistirung der Sache bis zum Ausgang einer anderen gegen die Anklägerin wegen Widersetzung anhängigen Untersuchung und eventuell die Annullirung der Verhandlung vom 27. Mai, weil dem Protokoll die Unterschrift der Parteien mangele. Der betr. Einzelrichter beschloß darauf, die Parteien zur Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls vom 27. Mai vorzuladen. Beide Parteien erschienen auch vor demselben, der Angekl. erklärte aber, daß er die fragliche Verhandlung nachträglich nicht genehmige; die Anklägerin genehmigte dieselbe, unterschrieb auch dieses neuere Protokoll, nicht aber das frühere vom 27. Mai.

Das ꝛc. Justizamt zu S. sprach schließlich den Angekl. wegen mangelnden Beweises von der Anklage frei und verurtheilte die Anklägerin in die Kosten.

Auf die von derselben dagegen eingewendete Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde, letztere aus dem Grund erhoben, weil gegen Vorschriften gefehlt worden, bei denen die Strafe der Nichtigkeit ausdrücklich gedroht sei, erfolgte ein reformatorisches Erkenntnis des ꝛc. Kreisgerichts zu S. dahin, daß der Angekl., falls er einen ihm auferlegten Reinigungseid nicht ableiste, mit 4 Thlr. Geldstrafe ꝛc. zu belegen sei. In den Gründen wurde die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen, weil die aus der unterbliebenen Unterschrift des Protokolls vom 27. Mai nach Art. 373 Abs. 6 der StPOrdn. entstandene Nichtigkeit der Terminsverhandlung durch die spätere — oben angegebene — Erklärung der Parteien geheilt sei ꝛc.

Gegen dieses Erkenntnis wendete nunmehr der Angekl. Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil die Nichtigkeit der Verhandlung vom 27. Mai als geheilt erachtet worden, ungeachtet er ausdrücklich die spätere Unterschrift und Genehmigung des Protokolls verweigert habe ꝛc.

Durch OAGUrtheil vom 22. Febr. 1865 (Nr. 9) ist das Erkennt-

Digitized by Google

nis des ꝛc. Kreisgerichts zu S. vom 18. Nov. als nichtig wieder aufgehoben und die Sache nach Art. 333 a. E. d. StPOrdn. zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung in die vorige Instanz zurückverwiesen worden aus folgenden Gründen:

„Der Angeklagte behauptet, daß das Erkenntnis voriger Instanz, indem es die Nichtigkeit des justizamtlichen Protokolls vom 27. Mai 1864 auf Grund eines Übersehens des wirklichen Inhaltes der spätern protokollarischen Erklärung der Parteien Bl. 30 der Amtsakten als geheilt angesehen und deshalb die von der Anklägerin in der Appellationsinstanz erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen habe, eine neue Nichtigkeit in der Appellationsinstanz begangen habe. Da ein Übersehen rücksichtlich der fraglichen protokollarischen Erklärung an sich eine Nichtigkeit nicht begründet, so kann nur diejenige Nichtigkeit in Frage kommen, welche darinnen liegen soll, daß das behaupteter Maßen wegen Mangels der Unterschrift der Parteien nichtige Protokoll vom 27. Mai berücksichtigt worden ist. Diese Nichtigkeit kann nun zwar als eine erst in der Appellationsinstanz begangene neue Nichtigkeit im gewöhnlichen Sinne nicht angesehen werden, da das fragliche Protokoll bereits in erster Instanz berücksichtigt wurde und die Anklägerin dieserhalb wegen Nichtigkeit appellirt hatte. Da jedoch diese Nichtigkeit den Angeklagten nach Inhalt des Erkenntnisses erster Instanz, welches denselben völlig freisprach, nicht berührte, weshalb ihm auch gegen dieses Erkenntnis die Appellation nach Art. 318 d. StPOrdn. nicht zustand, und da erst in zweiter Instanz auf Grund des nach seiner Behauptung nichtigen Protokolls zu seinem Nachtheile erkannt worden ist, so ist die behauptete Nichtigkeit auf eine gegen ihn wirksame Weise allerdings erst in zweiter Instanz begangen, dieselbe läßt sich daher ihm gegenüber als eine neue, erst in der Appellationsinstanz begangene, Nichtigkeit auffassen, weshalb ihm dieserhalb eine Beschwerde in dieser Instanz nach Art. 332 Nr. 3 d. StPOrdn. nicht zu versagen ist.

„In materieller Hinsicht aber kann es keinen Zweifel leiden, daß die Beschwerde begründet ist. Das Protokoll vom 27. Mai ist zwar vorgelesen und genehmigt, aber es ermangelt der auch für diesen Fall nach Art. 373 Absatz 6 d. StPOrdn. bei Strafe der Nichtigkeit erforderlichen Unterschrift der Parteien, und dieser Mangel ist durch die Verhandlung Bl. 30 der Amtsakten nicht geheilt, indem die Unterschrift der Parteien nicht nachgeholt, und vom Angeklagten sogar die nachträgliche Genehmigung verweigert worden ist."

CCCLXXVIII.

Zu Art. 170 des (Altenb.) CGBuchs und Art. 190. 2, Art. 260. 2, Art. 241 Abs. 2 u. Art. 242 Ziff. 2 der (Altenb.) StPOrdn.

Gegen den Weber S. aus S. wurde von der ꝛc. Staatsanwaltschaft zu A. nach Art. 170 d. CGBuchs Anklage wegen Bedrohung erhoben und ein dieser Anklage entsprechendes Verweisungserkenntnis ertheilt. Das Thatsächliche derselben bestand darin, daß der Angeklagte bei dem Bau der Gößnitz-Geraer Eisenbahn sich ungezogene Redensarten gegen mitanwesende weibliche Arbeiterinnen erlaubt und gegen den ihm solches verweisenden Schachtmeister E. sich dergestalt widerspen-

Digitized by Google

stig benommen hatte, daß derselbe sich veranlaßt fand, ihn aus dem Schachte und von der Arbeit wegzuweisen und, da er dieser Anweisung keine Folge leistete, ihn am Arm anfaßte, um ihn fortzuführen. Der Angekl. sollte darauf eine Hacke, welche er in der rechten Hand hielt, zum Schlage gegen E. erhoben, ein anderer Arbeiter aber dieselbe aufgefangen haben. Der Angekl. wurde nunmehr aus dem Schachte weggeschubt, soll aber dabei noch laut gesagt haben: „Den E. schlage ich noch todt, ich will ihm schon etwas auswischen." Als auf Veranlassung des von diesem Vorfall in Kenntnis gesetzten ꝛc. Staatsanwalts zu A. der Schachtmeister E. gerichtlich vernommen wurde, erklärte er wörtlich: „Einen Antrag auf Untersuchung der Sache und eventuelle Bestrafung des S. habe ich nicht gestellt; — ich nehme keinen Anstand, nunmehr auch meinerseits den Strafantrag gegen S., sofern etwas darauf ankommt, zu stellen."

Am Schluß der Hauptverhandlung wiederholte die Staatsanwaltschaft den auf Art. 170 d. CGBuchs gegründeten Strafantrag, der Vertheidiger beantragte völlige Freisprechung des Angekl. und das ꝛc. Criminalgericht zu A. erkannte darauf: der Angekl. sei von der Anklage wegen Verbrechens der Bedrohung freizusprechen, dagegen des Versuchs einer dem Art. 132 Ziff. 1 d. CGBuchs zu unterstellenden Körperverletzung für schuldig zu achten und deshalb nach Art. 132 Ziff. 1 und 26 Ziff. 1 d. CGBuchs zu einer 6wöchentlichen Gefängnisstrafe zu verurtheilen, weil, wie in den Gründen bemerkt wurde, die oben angeführte wörtliche Drohung unerwiesen geblieben sei, das Erheben der Hacke zum Zuschlagen sich nicht auf eine Bedrohung mit in spätere Aussicht gestellten widerrechtlichen Handlungen beschränkt, sondern schon in der beabsichtigten Ausführung bestanden habe. — Auch die Drohrede: „er wolle dem E. noch eins auswischen" falle nicht unter Art. 170 d. CGBuchs, es bleibe demnach nur der Versuch einer dem Art. 132 Ziff. 1 d. CGBuchs unterfallenden Körperverletzung übrig; die desfallsige Aburtheilung würde zwar an sich der einzelrichterlichen Zuständigkeit unterfallen, im vorliegenden Fall habe aber nach Art. 241 Abs. 3 und Art. 242 Ziff. 1 d. StPOrdn. das Criminalgericht auch über diese zu entscheiden.

Gegen dieses Urtheil wendete der Angekl. Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 190 Ziff. 2 und Art. 260 Ziff. 2 d. StPOrdn. ein, ferner deshalb, weil das Criminalgericht nach seinen Feststellungen nicht competent gewesen sei und weil über das Verbrechen der Körperverletzung, auf welches das Verweisungserkenntnis nicht gerichtet gewesen, der Staatsanwalt und der Angekl., nicht, wie es doch Art. 241 Abs. 2 der StPOrdn. vorschreibe, gehört worden seien. Durch OAGUrtheil vom

Digitized by Google

22. Febr. 1865 (Nr. 10) ist diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und in den Gründen hierüber Folgendes bemerkt worden:

„Von den aufgestellten Nichtigkeitsgründen stellt sich der unter 1. der Einwendungsschrift vorgebrachte als unbegründet dar, weil der durch das Verbrechen Verletzte mit hinlänglicher Bestimmtheit die Bestrafung der vom Angeklagten gegen ihn unternommenen Handlung beantragt hatte, ohne diesen Antrag auf den einen oder den andern rechtlichen Gesichtspunkt zu beschränken, und weil auch in den hinzugefügten Worten: „„sofern darauf etwas ankommt"" eine Bedingung oder Beschränkung nicht zu erblicken ist.

„Auch der unter 2. der Einwendungsschrift aufgestellte Nichtigkeitsgrund kann nicht als vorliegend angenommen werden, da nach dem letzten Absatze des Art. 241 d. StPOrdn. das Criminalgericht, wenn es bei der Hauptverhandlung findet, daß der Angeklagte nur einer Handlung, welche an sich zur Zuständigkeit des Einzelrichters gehören würde, für schuldig zu erachten sei, die Sache nicht an den Einzelrichter verweisen, sondern selbst darüber erkennen soll.

„Was den unter 3. aufgestellten vermeintlichen Nichtigkeitsgrund betrifft, so soll zwar nach dem zweiten Absatze des Art. 241 d. StPOrdn. der Staatsanwalt und der Angeklagte erst darüber gehört werden, wenn das Gericht zur sofortigen Urtheilsfällung über ein anderes Verbrechen schreiten will und diese gesetzliche Vorschrift ist im vorliegenden Falle verletzt worden, welche Verletzung auch nicht, wie das vorige Erkenntnis versucht hat, durch die Vorschrift in Nr. 1 des Art. 242 d. StPOrdn. gerechtfertigt werden kann, da der Ausnahmsfall Nr. 1 d. Art. 242 hier gar nicht vorliegt. Denn dieser Ausnahmsfall setzt voraus, daß einzelne Merkmale des im Verweisungserkenntnisse bezeichneten Verbrechens wegfallen, die fragliche That aber im übrigen unter den Begriff eines geringeren Verbrechens fällt, wogegen aber im vorliegenden Falle von dem im Verweisungserkenntnisse bezeichneten Verbrechen der Drohung nicht einzelne Merkmale wegfallen, damit das Verbrechen im übrigen unter den Begriff der versuchten Körperverletzung falle, sondern im Gegentheil zum Verbrechen der Bedrohung noch Merkmale hinzukommen müssen, damit der Begriff der versuchten Körperverletzung als vorhanden angesehen werden könne, nemlich: a) die Absicht, dem andern wirklich eine Körperverletzung zuzufügen und b) eine Handlung, durch welche die Ausführung dieser Absicht bereits angefangen wird.

„Allein nicht jede Gesetzesverletzung begründet eine Nichtigkeitsbeschwerde, sondern eine Nichtigkeitsbeschwerde kann nur dann erhoben werden, wenn eine der Gesetzesverletzungen vorliegt, welche durch Art. 260 d. StPOrdn. mit ausschließlicher Geltung als Nichtigkeitsgründe speciell aufgeführt sind. Unter keinen dieser Fälle läßt sich aber die vorliegende Gesetzesverletzung bringen. Von den Gründen unter 1. und 2. dieses Art. kann hierbei offenbar nicht die Rede sein; der Nichtigkeitsgrund Nr. 3 setzt voraus, daß gegen eine Vorschrift gefehlt worden sei, bei welcher die Strafe der Nichtigkeit ausdrücklich durch das Gesetz angedroht ist. Der Verletzung der gesetzlichen Vorschrift des zweiten Absatzes des Art. 241 d. StPOrdn., daß erst, nachdem die Parteien deshalb gehört worden sind, zur sofortigen Urtheilsfällung über das andere Verbrechen geschritten werden soll, ist aber die Nichtigkeit nicht ausdrücklich angedroht.

Digitized by Google

„Es muß im Gegentheil berücksichtigt werden, daß die Thüringische StPOrdn. von 1850, wie sie vor den Neuerungen von 1854 war, unter Nr. 8 des Art. 306 es ausdrücklich als einen besondern Nichtigkeitsgrund anerkannte, wenn auf ein anderes Verbrechen, als in dem Verweisungserkenntnis enthalten war, ohne Zustimmung der Parteien sofort erkannt worden war, und daß die Altenburgische Strafprozeßordnung, welche doch die Thüringische zur Grundlage hat, diesen Nichtigkeitsgrund, jedenfalls absichtlich, wegließ, woraus man schließen kann, daß sie diese Überschreitung überhaupt nicht als einen Nichtigkeitsgrund angesehen wissen wollte.

„Sie kann daher auch nicht unter den Gesichtspunkt der Nr. 4 des Art. 260 künstlich gezogen werden, und liegt dieser Nichtigkeitsgrund Nr. 4 schon aus dem Grunde nicht vor, weil derselbe voraussetzt, daß ein Vertheidigungsmittel ungeachtet eines an das Gericht gestellten ausdrücklichen Antrags beschränkt oder versagt worden ist, ein solcher ausdrücklicher Antrag aber hier nicht vorlag."

CCCLXXIX.

Zu Artt. 306 Ziff. 4 u. 5, Art. 313 d. StPOrdn. u. Art. 213 d. StGBuchs.

Friedr. Schw. zu K. war von dem ꝛc. Justizamt zu B. wegen Obstentwendung nach Artt. 213 u. 216 d. StGBuchs zu 2 Tagen Gefängnis verurtheilt worden, weil er geständigermaßen von seinem Hause aus einen im umzäunten Garten der Witwe S. seines Orts stehenden Baum mit einem Rechen geschüttelt und einen Theil der abgeschüttelten theils in den Garten der S. theils auf den öffentlichen Weg gefallenen Äpfel ohne Einwilligung der Witwe S. an sich genommen, um sich dadurch einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen. Der Angekl. appellirte gegen dieses Erkenntnis aus mehreren Gründen, in welchen das Vorhandensein des Thatbestandes des Diebstahls bestritten wurde, zunächst deshalb, weil der fragliche Apfelbaum nicht der Witwe S. gehöre, vielmehr auf Gemeindegrund und Boden stehe, worüber verschiedene Einzelheiten angegeben wurden, welche durch näher bezeichnete Akten dargethan werden sollten; sodann weil er, der Angekl., nicht die ganzen Früchte des qu. Baums, sondern nur einen Ast desselben abgeschüttelt, welcher über den Weg hinweg über das Dach seines Hauses gehangen habe, weshalb er berechtigt gewesen sei, sich diesen Überhang anzueignen, worüber er Friedr. Tr. zu K. als Zeugen angab; ferner weil er den fraglichen Ast frei und öffentlich, also nicht in diebischer Absicht geschüttelt habe und weil es nur deshalb geschehen sei, um der Witwe S. zu zeigen, daß sie kein ausschließliches Recht auf das Wegeareal habe, auf welchem der qu. Baum stehe. — Zu der auf diese Appellation von dem ꝛc. Kreisgericht zu W. anberaumten öffentlichen Verhandlung wurde der Entlastungszeuge Tr. mit vorgeladen. Im Termin sagte der Zeuge aus, der Ast des fraglichen Baums reiche nicht bis an

Digitized by Google

das Dach des Angekl. und stehe derselbe nicht auf dem Boden des Angeklagten, sondern an der Grenze des S...schen Gartens, wo der Angeklagte keinen Garten habe; die Früchte des Baumes habe seiner Meinung nach die Witwe S., wenn nicht als Eigenthümerin, doch als Anliegerin zu ziehen, da die Gemeinde die Benutzung der dem dortigen Communalweg entlang stehenden Obstbäume den Anliegern überlasse. Der Vertheidiger wiederholte seinen Antrag auf Freisprechung des Angeklagten, die Staatsanwaltschaft fand in dem Umstande, daß, wenn der strittige Baum auf Gemeindeareal stehe, die Früchte davon für den Angekl. nicht als fremde zu gelten hätten, ein erhebliches Moment und beantragte die Vertagung der Hauptverhandlung zum Behuf weiterer desfallsiger Beweiserhebung, erklärte aber für den Fall der Nichtvertagung, daß sie mehr zu einer Freisprechung des Angekl. hinneige. Der Vertheidiger hatte nichts zu repliciren. — Das Kreisgericht beschloß ein lediglich bestätigendes Erkenntnis und führte in den Gründen aus: es stehe zwar nicht fest, ob das Areal, worauf sich der strittige Baum befinde, Eigenthum der Witwe S. oder der Gemeinde K. sei, es müsse aber die Ansichnahme der Äpfel auf Seiten des Angekl. als einer für ihn fremden Sache um so mehr als in gewinnsüchtiger Absicht erfolgt angesehen werden, da er früher wegen Diebstahls bereits bestraft worden sei und für sein angebliches Recht auf den qu. Baum und dessen Früchte oder einen Theil derselben keinerlei Beweis erbracht habe. Gegen diese Entscheidung erhob der Angekl. Nichtigkeitsbeschwerde nach Ziff. 4 und 5 Art. 306 d. StPOrdn. und es ist darauf durch Urtheil des OAGerichts vom 30. März 1865 (Nr. 44) cassatorisch erkannt worden aus folgenden Gründen:

„1) Der Angeklagte hat unter Bezugnahme auf Art. 306 Ziff. 4 der StPOrdn. als ersten Nichtigkeitsgrund geltend gemacht, daß ihm durch die Nichtberücksichtigung des von seinem Vertheidiger bei der Appellationsverhandlung gestellten Antrags auf Erhebung eines gewissen Thatumstandes ein Mittel der Vertheidigung versagt worden sei.

„Dieser Nichtigkeitsgrund ist aber nicht zutreffend; denn nicht der Vertheidiger, sondern lediglich die rc. Staatsanwaltschaft hat den Antrag auf Vertagung der Appellationsverhandlung behufs jener Beweiserhebung gestellt und die Akten ergeben auch nicht, daß der Vertheidiger sich diesem Antrag angeschlossen habe. Durch die Verwerfung des letzteren ist daher nur die Staatsanwaltschaft, nicht aber der Angeklagte berührt und derselbe deshalb nach Art. 307 al. 2 d. StPOrdn. zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht berechtigt; hieran würde auch der Umstand nichts ändern, wenn man annehmen wollte, daß die Staatsanwaltschaft den Antrag zugleich im Interesse des Angekl. gestellt habe, indem der Art. 306 Ziff. 4 d. StPOrdn. voraussetzt, daß derjenige, der den darin angeführten Nichtigkeitsgrund geltend machen will, auch einen ausdrücklichen Antrag an das Gericht gestellt hat, was eben auf Seiten des Angekl. nicht der Fall ist.

Digitized by Google

„2) Hinsichtlich des ferner vorgebrachten Nichtigkeitsgrundes des Art. 306 Ziff. 5 d. StPOrdn. dagegen muß die erhobene Beschwerde für begründet erachtet werden. Dabei ist nicht von einem Delikt nach §. 11 des Gesetzes vom 1. Mai 1850 auszugehen, denn der Angekl. ist nicht hiernach bestraft, indem die vorigen Erkenntnisse dieses Gesetzes nicht gedenken. Es ist vielmehr nur der in diesen Erkenntnissen in Frage gekommene Artikel 213 des StGBuchs zu Grunde zu legen. Wenn nun auch die thatsächliche Feststellung des justizamtlichen Erkenntnisses den Bestimmungen über den Diebstahl im Art. 213 d. StGBuchs allenthalben entspricht, so ist dies doch keineswegs bei der zum Theil davon abweichenden gegenwärtig aber maßgebenden Feststellung des kreisgerichtlichen Erkenntnisses der Fall. Denn da das letztere angenommen hat, es stehe nicht fest, ob das Areal, worauf sich der strittige Baum befinde, Eigenthum der Witwe S. oder der Gemeinde K. sei, ist die Feststellung des ersten Erkenntnisses, daß die S. als Eigenthümerin nicht in die Bemächtigung der Früchte durch den Angeklagten gewilligt habe, hinfällig geworden, und indem sonst nicht festgestellt worden, daß der Angeklagte sich der Früchte ohne Einwilligung des Eigenthümers resp. Besitzers bemächtigt habe, eine wesentliche Voraussetzung zum Thatbestand des Diebstahls übergangen, weshalb die That, wie sie das vorige Urtheil festgestellt hat, mit Unrecht für einen Diebstahl gehalten worden ist, nach Art. 313 zu Nr. 5 verglichen mit Nr. 2 d. StPOrdn. vielmehr die Freisprechung des Angekl. erfolgen muß."

CCCLXXX.

Zu Art. 306 Ziff. 5 d. StPOrdn. und dem Weimar-Eis. Mandat v. 2. Sept. 1749 wegen Aufsitzens in den Wirthshäusern.

Der Schenkwirth B. zu F. und drei andere dasige Einwohner waren auf desfallsige Anklage der Staatsanwaltschaft wegen Übertretung des Strafverbots in dem vorerwähnten Mandat durch Justizamtsbescheid in 5 Thaler Geld eventuell 10tägige Gefängnisstrafe verurtheilt worden. Die Zuwiderhandlung bestand darin, daß sie in der Nacht des $\frac{1}{2}$3. September wenigstens $\frac{1}{2}$ Stunde lang in der Wirthsstube wider ausdrückliches Verbot der Polizeibehörde sich aufgehalten und Getränke, welche der Wirth ihnen verabreicht, genossen hatten. Sie appellirten gegen diese Entscheidung zugleich aus dem Nichtigkeitsgrunde des Art. 306 Ziff. 5 d. StPOrdn., es wurde der justizamtliche Strafbescheid aber von dem ꝛc. Kreisgericht zu F. bestätigt und die von ihnen weiter eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde durch OAGUrtheil v. 30. März 1865 (Nr. 45) verworfen aus folgenden Gründen:

„Der schon mit der Appellation gegen das justizamtliche Erkenntnis verbundene im kreisgerichtlichen Urtheil aber nicht anerkannte und deshalb in jetziger Instanz wiederholte Nichtigkeitsgrund des Art. 306 Ziff. 5 d. StPO. ist darauf gestützt, daß diesen beiden Erkenntnissen eine unrichtige Auslegung des oben angezogenen Mandats zum Grund liege, während nach richtiger Auslegung desselben die in Frage stehende That für straflos zu erachten sei. Der Vertheidiger führt zu diesem Behuf an, daß, wenn in dem Mandat „das

Digitized by Google

lange und späte Aufsitzen in Schenken und Wirthshäusern", zur Sommerszeit nemlich nach 10 und zur Winterszeit nach 9 Uhr mit Strafe bedroht werde, unter diesem Aufsitzen nur das Verweilen in den Schenken über diese Stunde hinaus verstanden werden könne, indem, wenn das Betreten der Schenken zur Nachtzeit hätte verboten werden sollen, in dem Mandat nicht vom langen Aufsitzen darin, sondern vom Besuch der Schenken oder von der Verabreichung von Getränken nach 10 resp. 9 Uhr Abends die Rede sein würde. Dieser Auslegung kann aber nicht beigepflichtet werden, weil sie dem Wortsinn und der ganzen Tendenz des Mandats widerspricht. Denn wenn in dem letzteren gänzlich verboten ist, nach der 10ten resp. 9ten Abendstunde in den Schenken oder Wirthshäusern aufzusitzen, so wird durch dieses allgemeine Verbot nicht, wie der Vertheidiger annimmt, bloß der Fall, daß die Gäste über die gedachte Stunde hinaus in den Schenklocalen verweilen, sondern offenbar auch der Fall betroffen, wenn dieselben erst nach dieser Stunde zur Nachtzeit des Zechens wegen dahin sich begeben und dort verweilen, indem auch in diesem letzteren Fall ein Aufsitzen nach der fraglichen Stunde stattgefunden hat, und überdies, wenn man einen solchen Fall nicht als unter dem Strafverbot des Mandats begriffen ansehen wollte, dasselbe leicht illusorisch gemacht werden könnte. Es läßt sich daher nicht annehmen, daß die vorigen Erkenntnisse von einer unrichtigen Auslegung des Mandats ausgegangen sind, wenn sie die Angeklagten, weil sie nach der 10ten Stunde im fraglichen Schenklocale längere Zeit aufgesessen, in Gemäßheit des Mandats bestraft haben. Der Vertheidiger bestreitet zwar noch, daß die Angeklagten lang und spät in der Schenke aufgesessen hätten, indem sie vielmehr die Schenke nur zu einer außergewöhnlich frühen Tageszeit besucht hätten und zwar nicht um zu zechen, sondern um sich ihren Bedarf an Branntwein zur Feldarbeit mitzunehmen. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um die Auslegung des Mandats, sondern bloß um die Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse, nemlich darum, ob das Verhalten der Angeklagten als ein langes und spätes Aufsitzen zu betrachten ist; diese thatsächliche Frage ist aber in den vorigen Erkenntnissen bejaht worden, und dagegen eine Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt nicht statthaft."

Berichtigungen.

S. 174 Z. 5 v. o. statt formirt lies heraus.
S. 179 Z. 8 v. o. statt Realrecht lies Sonderrecht.

Correspondenz. 6) R. in E. Rechtsfälle aus der Spruchpraxis des ꝛc. Appellationsgerichts zu Eisenach. 7) K. in R. Zur Lehre von der Gewährung der Viehmängel nach Weimarschem Recht.

Digitized by Google

Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen ꝛc.

Inwiefern sind nach den für das Großherzogthum S. Weimar-Eisenach geltenden gesetzlichen Bestimmungen Erbpachts-Gefälle ablösbar?

Vom Herrn Geheimen Finanzrath Dr. Emminghaus in Weimar.

Nach §. 2 Ziff. 1 des Gesetzes v. 18. Mai 1848 über die Ablösung grundherrlicher Rechte sind Grund-Renten, „d. h. ständige Abentrichtungen jeder Art: Zinsen, Gülten, Erbzinsen, Dienstgeld, Kanon u. s. w", es mögen solche in Geld, Naturalien oder in anderen Gegenständen zu entrichten sein, „sofern sie nur auf einem dinglichen Rechtsverhältnisse beruhen", ablösbar; nicht ablösbar sind dagegen nach §. 3 Ziff. 6 des nämlichen Gesetzes, u. a. Laßgüterverhältnisse, welche bloß in widerruflicher Überlassung von Grundstücken zur Benutzung bestehen, und „Erbpachtsverhältnisse, welche urkundlich begründet sind".

Kein Zweifel also, daß ständige Gefälle, welche der Erbpachter auf Grund eines nicht urkundlich verbrieften Erbpachtvertrages an den Erbverpachter abzuführen hat, der Ablösung gesetzlich unterliegen. Insoweit das Erbpachtsverhältniß selbst für ablösbar erklärt ist, muß von dergleichen Abgaben und Leistungen zuverlässig das nämliche gelten, da mit der Aufhebung des Erbpachtsverhältnisses die Verpflichtung des Erbpachters zur Abentrichtung von Erbpachtsgefällen an den Erbverpachter nothwendig zugleich mithin wegfällt.

Eine andere Frage ist hingegen: ob nicht auch die aus urkundlich begründeten Erbpachtsverhältnissen entspringenden derartigen Abgaben, trotzdem, daß das Gesetz solche Erbpachtsverhältnisse den nicht ablöslichen beizählt, für ablösliche zu halten seien?

Dem Einsender ist kein Fall bekannt, in welchem diese Frage in oberster Instanz abgeurtheilt worden wäre. Wohl aber liegt ein Er-

Digitized by Google

kenntniß der mittleren Instanz ihm vor, in welchem sie zur Erwägung kam und bejahend entschieden ward. — Es handelte sich damals davon, mit dem wievielfachen Betrage in einer auf Grund des S. Weimar. Gesetzes vom 22. April 1862 anhängig gemachten Jagdentschädigungs-Provokationssache der Kanon, den der Besitzer des jagdberechtigt gewesenen Rittergutes von der erbpachtsweise verliehenen Kammerfiskalischen Jagd alljährlich an die Gr. Kammerkasse zu zahlen gehabt hatte, an der aus der Staatskasse zu gewährenden Jagd-Entschädigungssumme in Abzug zu bringen sei, — ob dies nämlich, wie der Vertreter des Staatsfiskus, mit Beifall der Special-Kommission, glaubte, mit dem 25fachen, oder, wie gegnerischer Seits behauptet wurde, mit dem bloß 20fachen Betrage zu geschehen habe? Die Gr. General-Ablösungskommission entschied sich auf die provokantische Berufung für das letztere. Mit Hinweisung auf §. 30 Ziff. 3 [1]) des Ablösungs-Gesetzes suchte sie in den Motiven zu ihrer Entscheidung Folgendes auszuführen. Das Gesetz, — sagen die Entscheidungsgründe, — schließe zwar urkundlich begründete Erbpachtsverhältnisse von der Ablösung aus; indeß ergebe sich aus der näheren Betrachtung dieser Vorschrift und aus dem Zusammenhange derselben mit anderen gesetzlichen Bestimmungen, daß durch §. 3 Ziff. 6 nur das Rechtsverhältniß zwischen dem Erbverpachter und dem Erbpachter, nicht aber auch die aus diesem Rechtsverhältnisse originirenden Abgaben für unablöslich erklärt würden. Hätte das Gesetz die Unablösbarkeit auch der Erbpachtsabgaben anordnen wollen, so würde im §. 3 Ziff. 6 nicht der Ausdruck „Erbpachtsverhältniß" gewählt, es würden vielmehr die Abgaben selbst, deren Unablösbarkeit hätte festgesetzt werden sollen, bezeichnet worden sein; wie ja in allen (?) übrigen Fällen dieses § [2]) ausdrücklich die

1) „Soll durch Kapitalzahlung abgelöst werden — —, so bildet — — — 3) bei allen anderen (Nicht-Frucht-) Zinsen und sonstigen ständigen Abentrichtungen an Geld oder anderen Gegenständen — — — der zwanzigfache Betrag der Jahresrente das Ablösungskapital."

2) „Der Ablösung — — — sind nicht unterworfen: 1) diejenigen Leistungen, welche die Natur von Staatslasten haben: Grundsteuern und Grundeinkommensteuern, Wasser- und Wege-Baudienste u. s. w.; 2) diejenigen Gemeindelasten, welche die Natur von Steuern und Anlagen in der Gemeinde haben — — —; 3) Abgaben und Leistungen, die aus dem Kirchen- und Schulverbande entspringen, soweit solche von Personen und Grundstücken zu entrichten sind, welche zu der betreffenden Kirchen- oder Schulgemeinde, bezüglich der Flur derselben gehören — — —; 4) diejenigen Zehnten und sonstigen Leistungen, welche im Berg- und Salinenregal ihren Grund haben, oder für den Genuß anderer Regalien entrichtet werden; 5) die bei eigentlichen Lehen für die Beleihung zu entrichtende Lehnstaxe; 6) (w. o.); 7) Jagdfrohnen und die auf gesetzlicher Bestimmung beruhende Verpflichtung der Gerichtsunter-

Digitized by Google

Abgaben bezügl. Leistungen aus den betreffenden Rechtsverhältnissen namhaft gemacht seien. Es spreche für die obige Auffassung überdem noch der Umstand, daß die Erbpachtsverhältnisse im §. 3 zusammengestellt seien mit den Laßgüterverhältnissen, zu deren Begründung die Stipulirung einer Abgabe an den Ueberlasser durchaus nicht wesentlich sei. Es würde außerdem, ferner, nicht im §. 1 Ziff. 1 der Kanon, welcher gerade unter dieser Benennung vorzugsweise in Erbpachtsverhältnissen entrichtet werde, unbedingt als eine ablösliche Abgabe bezeichnet sein. In Betracht komme endlich noch die Bestimmung im §. 1 und im §. 2 des Weimar. Gesetzes vom 1. März 1850, wonach, — freilich unter Aufrechthaltung der Vorschrift im §. 3 des Ablösungs-Gesetzes, — alle auf Grund und Boden haftenden Abgaben und Lasten ablösbar sein sollten. Hiernach habe §. 3 Ziff. 6 des Ablös.-Ges. keine weitere Bedeutung als die, daß das Recht des Erbverpachters an der in Erbpacht verliehenen Sache durch das Gesetz nicht aufgehoben werden solle, und dieser Zweck werde vollkommen erreicht, ungeachtet der Ablösung des Kanons; denn auch nach Ablösung desselben bleibe das Erbpachtsverhältniß unberührt und bestehe ungeschmälert fort.

Nun gedieh zwar diese Sache in Folge der vom Vertreter des Staatsfiskus gegen das Urtheil der General-Ablös.-Kommission ergriffenen Oberberufung auch in die dritte Instanz. Allein das Gr. Staatsministerium Dep. des Innern, welchem in dieser Instanz zu erkennen oblag, ging dabei von der sehr einleuchtenden Betrachtung aus, daß der Fall der Ablösung einer Abgabe, insbesondere der Fall der Ablösung eines Erbpachtskanons, hier gar nicht vorliege. Die von der Gen.-Ablös.-Kommission diskutirte Frage weiter zu verfolgen und letztinstanzlich zum Austrag zu bringen, konnte daher das Ministerial-Departement bei seiner — hier nicht weiter interessirenden — Entscheidung für dieses Mal füglich überhoben sein.

Wäre dem aber auch nicht so, — wäre der gegebene Fall auch wirklich lediglich unter das Ablös.-Gesetz zu subsumiren gewesen, so würden wir nichtsdestoweniger Anstand nehmen, dem Urtheile und der Ausführung der zweiten Instanz beizupflichten. —

Wahr ist es, die Ansichten über das Wesen des Erbpachtes und über die rechtliche Natur der Erbpachtsgefälle gehen im gemeinen, und theilweis selbst im sächsischen Recht vielfach auseinander; was freilich nicht befremden darf, da das, obwohl kaum vor dem 13. Jahrhundert in

---

thanen zur Bewachung der Ritterfitze, ingleichen die gesetzliche Befugniß zur Auferlegung neuer Erbzinsen und Lehngelder, welche — — — ohne Entschädigung wegfallen."

Digitized by Google

Deutschland bekannte[3]), seitdem aber hier weit verbreitete Institut des Erbpachtes unter fast aller Orten verschiedenen Formen und Gestalten sich hier ausgebildet hat[4]). Ist das Verhältniß des Erbpachters zu dem Erbverpachter in der That das eines getheilten Eigenthums, so daß jener als Unter- oder sogen. Nutzungseigenthümer, dieser als Obereigenthümer sich darstellt? oder besteht das Recht des Erbpachtinhabers bloß in einem erblichen Nutzungsrechte? Beide Ansichten finden wir von einer Mehrzahl von Rechtslehrern vertreten[5]), die eine wie die andere hat noch in neueren deutschen Territorialgesetzgebungen ihren Ausdruck gefunden. Die erstere z. B. im Oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuch[6]), die zweite im Preuß. allgem. Landrecht[7]), obschon gegenwärtig das Eigenthum des Erbverpachters im ganzen Königreiche Preußen, und zwar ohne Entschädigung, aufgehoben ist, gleichzeitig jedoch die sämmtlichen ständigen Abgaben und Leistungen, welche bisher auf erbpachtweise besessenen Grundstücken oder Gerechtigkeiten hafteten, für ablösbar erklärt sind[8]). Gewiß ist, daß heutigen Tages selbst diejenigen Juristen, welche das sogen. Utilitätseigenthum des Erbpachters der Theorie nach verwerfen, großentheils doch zugestehen, daß die Rechtsanschauung, worauf die Idee eines, irrthümlich aus dem römischen Rechte entlehnten, solchen dominii beruhe, in der deutschen Doctrin längst sich eingebürgert habe[9]). Die gleichfalls streitige Frage: ob Erbpachts-Leistungen und Gefälle gemeinrechtlich zu den wirklichen Reallasten gerechnet werden dürfen? pflegt jetzt ziemlich allgemein verneinend beantwortet zu werden[10]), und sicher mit gutem Grunde. Sie sind als obligatorische Schuld des Erbpachters deshalb aufzufassen, weil,

3) Walter, System d. gem. deutschen Privatrechts, §. 514.

4) Mittermaier, Grundsätze d. gem. deutschen Privatrechts, 6. Ausg. Bd. 2 S. 438.

5) Jene, z. B. von Runde, in d. Lehre v. der Leibzucht, Thl. I §. 18 und noch von Phillips, Grundsätze d. gem. Deutschen Privatrechts, 2. Ausg. Bd. II §. 256 S. 415 f. Diese, von Gerber, System d. Deutschen Privatrechts, 1. Abthlg. §. 140 Not. 7, Bluntschli, Deutsches Privatrecht, Bd. I §. 105, 2 b S. 566, von Holzschuher, Theorie u. Casuistik des gemein. Civilrechts, 2. Ausg. Bd. III S. 814.

6) §. 1122.

7) Thl. I Tit. XVIII §. 696.

8) S. K. Preuß. Gesetz v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten u. die Regulirung der gutsherrlichen u. bäuerlichen Verhältnisse, §. 2 Ziff. 2 und §. 6.

9) Vergl. Eichhorn, Einleitung in d. deutsche Privatrecht, 2. Ausg. §. 160. Walter a. a. O.

10) Wolff, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I §. 129. Bluntschli a. a. O. S. 310 Ziff. 7.

Digitized by Google

— wie Gerber [11]) hervorhebt, bei diesen Lasten die rechtliche Voraussetzung fehlt, daß der Besitz eines Grundstücks das verpflichtete Subject sei, indem das verpflichtende Moment dabei eine vertragsmäßige Unterwerfung ist. Indeß bezeichnet z. B. noch das neueste Preußische Recht [12]) dieselben als Reallasten, und auch das königl. Sächsische Hypotheken-Gesetz scheint sie als Reallasten zu behandeln [13]).

Wie dem Allen aber auch sei, — über Eines herrscht volles und ungetheiltes Einverständniß. So wenig ein Zeitpacht ohne Locarium bestehen kann, ebenso wenig ist ein Erbpacht ohne Stipulirung eines bestimmten Erbpachtsgeldes denkbar, welches als ein, wenn auch noch so mäßiges, Aquivalent für die dem Erbpachter an dem Erbpachtgute eingeräumte Nutzung zu betrachten und, neben der in recognitionem dominii etwa bedungenen ständigen Abgabe, gleichfalls ständig an den Erbverpachter zu entrichten ist [13a]). Ein ursprünglich als Erbpacht eingegangenes Rechtsgeschäft vermag, sobald der Erbpachtskanon hinwegfällt, als Erbpacht weiter rechtlich nicht fortzubestehen. Dieser Kanon ist ein Essentiale, und zugleich das Erkennungskriterium [14]) des Erbpachtes. Es ist dies ein Satz, der unbestritten namentlich auch im S. Weimar'schen Privatrechte [15]) Geltung behauptet. Wie hätte also unser Gesetzgeber, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, die Ablösbarkeit auch des urkundlich verbrieften Erbpachtgeldes dekretiren, und gleichwohl die urkundlich begründeten Erbpachtsverhältnisse für nicht ablösbar, folglich zu Recht fortbestehend erklären können? Den Beweis, daß es, — wohin übrigens bei der Berathung des §. 3 im Landtage auch der Regierungskommissär nicht undeutlich sich aussprach, — [16]) keineswegs in der Absicht gelegen hat, die Ablösbarkeit an den Erbverpachter zu entrichtender verbriefter Erbpachtgefälle anzuerkennen, dürfte zugleich, wenigstens indirekt, eine spätere Vorschrift des Ablös.-Gesetzes selbst liefern. Ganz allgemein bestimmt §. 36:

„Findet an Grundstücken, auf welchen Leistungen haften, die der

---

11) a. a. O.

12) In dem Not. 8 angef. Gesetz §. 6.

13) S. darüber Heyne in d. Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung. N. F. Bd. VI (1847) S. 405.

13a) Maurenbrecher, Lehrb. d. heutigen gemein. deutschen Rechts, §. 183. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. III §. 183 S. 92 c. Bluntschli a. a. O. Bornemann, Darstellung des Preuß. Civilrechts, Bd. IV §. 284. Haubold, Lehrb. d. königl. Sächs. Privatrechts, 3. Aufl. herausgeg. v. Hänsel, §. 171.

14) Gengler, Lehrb. d. deutschen Privatrechts, §. 235 S. 1376 bb 1.

15) Sachse, Handb. d. Großherzogl. Sächs. Privatrechts, §. 225.

16) In d. gedruckten Landtagsverhandlungen v. J. 1848 S. 842.

Digitized by Google

Ablösung nach diesem Gesetze unterworfen sind, nur ein unvollkommenes, oder getheiltes Eigenthum der Besitzer statt, so wird solches durch völlige Ablösung jener Leistungen, soweit dieselben dem Eigenthümer oder Obereigenthümer zustehen, von selbst in wahres, vollkommenes und ungetheiltes Eigenthum verwandelt; vorbehältlich jedoch besonders bedungener Rechte, z. B. des dem Obereigenthümer ausdrücklich bedungenen Rechtes eines Vorkaufs und eines etwa bestehenden Heimfallrechts. Bei Ausübung des letzteren hat der Obereigenthümer die für die Ablösung erhaltene Entschädigung, soweit sie nicht durch Renten-Zahlung geleistet worden ist, an die Allodial-Erben des Besitzers zurückzugewähren."

Unzweifelhaft geht also das bürgerliche Eigenthum an dem bisherigen Erbpachtstück von da ab, wo der Erbpachtinhaber sämmtliche auf einem urkundlich nicht begründeten Erbpachtvertrage beruhenden Erbpachtsgefälle ablöset, an den bisherigen Erbpachter über. Das Nämliche müßte aber eintreten, sobald der Erbpachter die auf einem urkundlich verbrieften Erbpachtvertrage beruhenden Lasten und Leistungen mit Beifall drs Gesetzes abgelöst hätte. Dessen ungeachtet würde nach der ganz bestimmten Vorschrift im §. 3 Ziff. 6 dieses Erbpachtsverhältniß auch hier nach wie vor fortbestehen. Da käme dann die in der That merkwürdige Erscheinung zu Tage, daß der bürgerliche Eigenthümer Erbpachter seines eigenen Grundstückes wäre! Der §. 137 des Ablös.-Gesetzes setzt fest:

„Sind Ablösungs-Kapitale an die Besitzer von Erbpachts- oder wirklichen Erbzins- (emphyteutischen) Grundstücken zu bezahlen, so sind dieselben zuvörderst zur Befriedigung derjenigen durch die Grundstücke sicher gestellten Real-Gläubiger, deren Forderung von dem Erbverpachter [17]) oder Erbzinsherrn anerkannt werden müssen, in Ermangelung solcher Real-Gläubiger aber zur Sicherung des Interesse der gedachten Obereigenthümer zu Ablösung aller etwa auf diesen Grundstücken haftenden, nach gegenwärtigem Gesetze ablösbaren Leistungen und Lasten, und endlich zur Befriedigung der sonstigen Real-Gläubiger zu verwenden. Was zur Erreichung dieser Zwecke irgend noch übrig bleiben sollte, ist dem Besitzer des berechtigten Grundstücks zu völlig freier Verfügung zu stellen."

Unter den „etwa auf den" hier erwähnten „Grundstücken haftenden, nach dem Gesetz ablösbaren Leistungen und Lasten" diejenigen nicht mit verstehen zu sollen, welche der Erbpachter an den Erbverpachter

17) In dem officiellen Gesetzesabdruck (Regier.Bl. v. J. 1848 S. 138) steht „Erbpachter" statt Erbverpachter, — ein Druckfehler, welcher auch in die v. Göckel'sche Gesetzsammlung (Bd. X S. 73) übergegangen ist.

Digitized by Google

selbst auf Grund des urkundlich vorliegenden Erbpachtvertrages zu entrichten hat, mag auf den ersten Blick vielleicht befremdlich dünken. Möglicher Weise kann der Betrag des Ablösungskapitales für die, dem Erbpachtstück Dritten gegenüber, zugestandenen und abgelösten Gerechtsame im gegebenen einzelnen Falle ein ungleich höherer sein, als derjenige es ist, welcher zur Befriedigung der vom Erbverpachter anzuerkennenden Forderungen von Real-Gläubigern und zur Ablösung der, anderen Berechtigten gegenüber dem Erbpachtstück aufruhenden, ablösbaren Lasten und Leistungen erforderlich sein würde. Hier gereichte dann das Geschäft dem Erbverpachter in dem nämlichen Maße zum Nachtheil, in welchem es dem Erbpachter zum Vortheil gereichen würde. Der Erbverpachter erhielte, wenn der Erbpachtsverband dereinst sich auflöset, ein im Werthe verringertes Grundstück zurück. Indeß wäre dies lediglich ein Zufall, der in Folge der veränderten Gesetzgebung ihn träfe. Man mag in dieser Beziehung das Ablösungs-Gesetz unbillig oder lückenhaft finden, mag im §. 137 eine ähnliche, dem Interesse des Erbverpachters entsprechende Bestimmung vermissen, wie sie der §. 36[18]) zu Gunsten der Allodialerben des letzten Erbpachtinhabers getroffen hat; allein für die Ablösbarkeit der dem Erbverpachter gebührenden Erbpachtsgefälle ist auch aus dem §. 137 so wenig etwas abzuleiten, als aus dem §. 37 des Ablös.-Gesetzes verb.:

„Die Rechtsverhältnisse, welche nach den Bestimmungen dieses Gesetzes der Ablösung unterworfen — — — sind, können von der Bekanntmachung desselben an — — — unter keinerlei Rechtsform neu begründet werden."

Darüber, welche Lasten und Leistungen, welche Rechtsverhältnisse ablösbar seien oder nicht, enthält das Gesetz an dieser Stelle überall nichts; vielmehr bestätigt der §. 37, daß Erbpachtsverträge urkundlich auch künftig mit voller rechtlicher Wirksamkeit errichtet werden können[19]), und weder der Erbpachter, noch der Erbverpachter die Ablösung der dem letzteren darin bedungenen Erbpachtsgefälle verlangen kann.

Man möchte vielleicht einzuwenden versucht sein, das Erbpachtgeld und die sonstigen vom Erbpachter an den Erbverpachter abzuentrichtenden ständigen Gefälle gehörten zwar wohl zu den Grundrenten im

18) Auf Antrag des Landtages! S. die angez. Landtagsverhandlungen S. 873. Der Gesetzesentwurf enthielt nichts davon.

19) Anders nach dem Königl. Sächs. Ablösungsgesetz vom 17. März 1832 §. 78, s. Haubold a. a. O. und Heyne a. a. O. S. 410, nach dem K. Preuß. Gesetz vom 2. März 1850 §. 91 und nach dem Fürstl. Schwarzb.-Sondershausenschen-Gesetz über Ablösung d. Reallasten, vom 8. April 1850 §. 4 vergl. mit §. 39.

Digitized by Google

Sinne des §. 2 Ziff. 1 des Gesetzes, daß sie aber auf den Erbpachtgrundstücken hafteten, sei mit Grunde deshalb nicht zu behaupten, weil das bürgerliche Eigenthum an den letzteren nach dem in S. Weimar geltenden Rechte[20]) entschieden dem Erbverpachter zustehe, daher denn, hingesehen auf die Rechtsregel: res propria nemini servit, die Vorschriften im §. 36 auf solche Grundstücke überhaupt nicht anwendbar wären. Inzwischen würde sich dies aus den Landtags-Verhandlungen widerlegen. Als jener §. —: (es ist dies in dem dem Landtage vorgelegten Gesetzes-Entwurfe der §. 37) — in der Versammlung zur Berathung kam, nahm der Regierungskommissar Anlaß, ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß im Großherzogthum getheiltes Eigenthum, gleich wie bei Erbzinsgütern, so auch bei Gütern bestehe, die gegen Erbpacht ausgeliehen seien[21]), und von keiner Seite erfolgte ein Widerspruch. Freilich leidet aber der §. 36, was Erbpachtgefälle anlangt, nur Anwendung, wo unverbriefte dergleichen Abgaben abgelöst sind, indem das Gesetz diese, — nicht auch die urkundlich verbrieften, weil bei ihnen, wie vom Referenten im Landtage[22]) wohl sehr richtig bemerkt ward, klar ist, daß sie auf einem Vertragsverhältnisse beruhen, — lediglich als Erbzinsen behandelt wissen will.

— Daß der §. 3 Ziff. 6 die Bedeutung, welche die General-Ablösungskommission nach dem Obigen ihm beilegte, nicht habe, dürfte aus dem Gesagten zur Genüge erhellen. Beleuchten und würdigen wir daher nur kürzlich noch die von jenem Kollegium für seine abweichende Ansicht geltend gemachten Gründe.

Wenn zur Exemplificirung der Abgaben, welche das Ablös.-Gesetz unter den ablöslichen Grundrenten verstanden wissen mag, auch der „Kanon" mit genannt wird, so darf bezüglich der hier von uns behandelten Frage darauf das geringste Gewicht nicht gelegt werden. Es sind unter diesem Namen von jeher die verschiedenartigsten, theils persönlichen[23]) Abgaben, theils Realgefälle[24]) im Großherzogthum vorgekommen. Selbst wenn im Gesetz, statt des Wortes Kanon, der Ausdruck: Erbpachts-Kanon gebraucht worden wäre, würde dies nicht anders sein. Eingedenk der einschlägigen Bestimmung im §. 3 Ziff. 6

20) S. Heimbach, Lehrb. d. partikulären Privatrechts, §. 355 bei Not. 8 und Bd. III S. 285 flg. der vorliegenden Blätter f. Rechtspflege. Vom Königr. Sachsen s. besonders Heyne a. a. O. S. 404 flg.

21) S. 873 der Landtagsverhandlungen.

22) S. 842 ebendas.

23) Vergl. desfalls u. a. die Ministerial-Bekanntmachung v. 27. December 1821, die Erwerbs-, Kanons- und Concessionsgelder betr. (bei v. Göckel a. a. O. Th. III S. 1011).

24) Namentlich u. a. früher, nicht selten, für erblich verliehene Fiskal-Jagdberechtigungen.

Digitized by Google

würde man dann darunter doch nur ein Erbpachtgeld verstehen dürfen, welches in einem nicht urkundlich begründeten Erbpachtvertrage bedungen ist. Gleich wenig entscheidend für die von der Gen.-Ablös.-Kommission aufgestellte Ansicht ist der Gebrauch des Ausdruckes: Erbpachtsverhältniß, und die Zusammenstellung der Laßgüter- mit den Erbpachtsverhältnissen. Auch als Laßpacht- oder Laßgut pflegen Grundstücke nur gegen einen gewissen Jahreszins (Laß-Pachtzins) bei uns ausgeliehen zu werden [25]), und nur an Laßgüter, die gegen Laßzins verliehen sind, kann das Gesetz im §. 3 Ziff 6 gedacht haben, weil außerdem bei Laßgrundstücken ein Ablösungsobjekt gar nicht gegeben gewesen sein würde. So ungerechtfertigt es wäre, unter den „Rechtsverhältnissen", von welchen der Eingang des §. 37 spricht, die verbrieften und folglich nicht ablöslichen, Erbpachtsverhältnisse mit zu verstehen, so wenig läßt der Umstand, daß der §. 3 Ziff. 6 von Erbpachts- und Laßgüterverhältnissen, und nicht, — wie unter Ziffern 1, 2, 3, 4 und 5 von „Leistungen", von „Abgaben", von „Zehnten", und von der „Lehns-Taxe", — von Erbpachtgeldern und von Laßzinsen redet, mit einiger Sicherheit darauf schließen, es sei dies geschehen, um anzudeuten, daß auch der verbriefte Erbpacht-Kanon ablösbar wäre. Bei dieser Sachlage wird aber endlich auch auf das Gesetz vom 1. März 1850 zur Unterstützung des Nachweises der Ablösbarkeit vergebens Bezug genommen. Denn, wie die Gen.-Ablös.-Kommission selbst sehr richtig bemerkt, ist in jenem Gesetze [26]) ausdrücklich enthalten, daß die im §. 3 Ziff. 6 des Ablös.-Gesetzes aufgestellten Ausnahmen von der als Regel geltenden Ablösbarkeit der grundherrlichen Gefälle in Geltung bleiben.

Rechtsfälle aus der Spruchpraxis des ꝛc. Appellationsgerichts zu Eisenach,

(Fortsetzung von S. 245.)

mitgetheilt von dem Herrn Appellationsgerichtsrath Rebling daf.

6.

1) Über den Begriff von Leeden (Lehden) und über den Beweis der Leedeneigenschaft einer Bodenfläche.
2) Das Obereigenthum der Gerichtsherrschaft an Leeden hat keinen privatrechtlichen Charakter.

Die Kläger — die Besitzer und Eigenthümer des Ritterguts zu E.

25) Vergl. Sachse a. a. O. und Heimbach a. a. O.

26) verb. „Von den — übrigens in Kraft bleibenden — Ausnahmen im §. 3 des Gesetzes vom 18. Mai ist — — die unter 3 angegebene auf solche aus dem Kirchen- und Schulverbande entspringende Abgaben beschränkt, welche" u. s. w.

Digitized by Google

— haben ihre Behauptung, es stehe ihnen das Eigenthum an dem sog. Sulzenriethe — mit Ausnahme von ungefähr 20 Acker, welche in 49 Loosen vor längerer Zeit an die Mitglieder der Gemeinde E. vergeben und diesen zugemessen seien — zu, auf eine dreifache Weise in ihrer Klagschrift zu begründen versucht: 1) dem Rittergute E. habe seit undenklicher Zeit und bis lange nach dem Jahre 1804 die Obergerichtsbarkeit über Dorf und Flur E. zugestanden, in Folge dessen stehe dem Rittergute (gesetzlich [1])) das Eigenthum an allen in der Flur E. gelegenen, nicht beschockten und besteuerten Ländern, Leeden, Triften, Rainen und Wegen zu, das Sulzenrieth — mit Ausnahme der oben bezeichneten Theile — sei aber eine Leede, da es nie urbar gemacht, bebaut oder beschockt gewesen sei; 2) es sei auch von den Besitzern und Eigenthümern des Rittergutes E. das Eigenthum am Sulzenrieth seit 1, 2, 3, 4, 5, 10, 20, 30, 40, 50 und mehr Jahren, ja seit unvordenklicher Zeit durch die Benutzung desselben zu Weideplätzen für die Rittergutsviehheerden und sonst ausgeübt worden; 3) die beklagte Gemeinde E. habe dieses Eigenthumsrecht ausdrücklich anerkannt, indem sie im Jahre 1801 die damaligen Besitzer des Ritterguts E. um eigenthümliche Ueberlassung der oben gedachten, ihr bereits zur Urbarmachung überlassenen circa 20 Acker vom Sulzenrieth gebeten und mit ihnen einen Receß vom 20. October 1801 dahin abgeschlossen habe, daß ihr von der Rittergutsherrschaft jene 20 Acker zur gleichmäßigen Vertheilung unter sämmtliche Nachbarn gegen die Verpflichtung zur Entrichtung eines Groschen Triftgeldes von jedem Loose zum nutzbaren Eigenthum überlassen sein sollten. Die Kläger führen an, in welcher Weise sie das Eigenthum des Ritterguts E. erworben haben, und bitten dann, zu erkennen, es stehe dem Rittergute E. das Eigenthum an dem libellirten Sulzenriethe mit Ausnahme der gedachten 20 Acker zu, und sei deshalb die Gemeinde E. verbunden, nicht nur die später über die Loose hinaus sich angemaßten Stücke den Klägern wieder zu überlassen, sondern sich auch aller fernern Eingriffe und Ansprüche auf dasselbe bei namhafter Strafe zu enthalten ꝛc.

In der Einlassungsschrift hat die bekl. Gemeinde zugestanden, daß im Jahre 1801 eine Vertheilung von circa 20 Ackern des Sulzenrieths in 49 Loosen an die damals vorhandenen 49 Nachbarn stattgefunden habe, daß jedes dieser 49 Stücke mit $\frac{3}{8}$ angesetzt worden, daß der Receß vom 20. October 1801 zwischen der Gemeinde und den damaligen Besitzern des Rittergutes E. abgeschlossen worden sei, daß darin jeder Besitzer eines ihm zugetheilten Looses die Verpflichtung übernommen habe, dem

1) Nach dem sogen. Leeden-Regulativ v. 31. März 1804 — Weimar.

Digitized by Google

Rittergute alljährlich einen Groschen Triftgeld zu entrichten, und daß die Gemeinde sich erlaubt habe, noch andere Flecke dieses Sulzenriethes urbar zu machen, bezüglich an die in der Klage angegebenen Personen zur Urbarmachung zu überlassen und zu vergeben.

Die übrigen in der Klagschrift enthaltenen Angaben wurden negirt, daneben aber noch folgende Einredebehauptungen vorgebracht:

1) Das Regulativ vom 31. März 1804 sei nur eine Instruction für Administrativbeamte, durch dasselbe hätten neue Eigenthumsrechte nicht begründet werden können und sollen, jedenfalls da nicht, wo die Gemeinden sich in dem nutzbaren Eigenthum oder doch wenigstens in dem Besitze dergleichen unbeschockter, nie urbar gewesener Ländereien befunden haben; 2) die Gemeinde E. habe sich seit 1—100 und mehr Jahren in dem Besitze des Sulzenriethes befunden und während dieser Zeit Eigenthumsrechte daran durch Abmähen des darauf gewachsenen Grases und Beweiden mit dem Rindvieh der Gemeindeglieder ausgeübt; 3) in dem über den Ort und die Flur E. im Jahre 1722 angefertigten Lagerbuche sei das Sulzenrieth als Gemeinde Sulzenrieth bezeichnet, und stimme das im Jahre 1722 angefertigte Steuerkataster mit dem Lagerbuche überein, indem es unter den Gemeinde-Ländereien auch das Sulzenrieth aufführe. Eben so sei in dem im Jahre 1827 neu errichteten Steuerkataster und Fundbuche das Sulzenrieth als Gemeinde-Eigenthum bezeichnet worden; 4) dasselbe gehöre nicht zu den unbeschockten Ländereien, indem dasselbe, wie aus dem Steuerkataster von 1827 hervorgehe, mit 6 Sgr. 8 Pf. terminlicher Steuer belegt sei, welche die Gemeinde von jeher bezahlt habe; 5) der Receß vom 20. October 1801 stehe den Eigenthumsansprüchen der Gemeinde nicht nur nicht entgegen, sondern bestätige dieselben vielmehr durch ausdrückliches Anerkenntniß; 6) dem Rittergute stehe nur ein Triftrecht auf dem Sulzenriethe zu. Lediglich zur Regulirung der Triftverhältnisse sei schon lange vor dem Jahre 1801 die in dem Receße gedachte Vereinigung zwischen der Gemeinde und dem Rittergute dahin getroffen worden, daß letzteres alsdann, wenn das Sulzenrieth im Sommer- oder Winterfelde gelegen, von dem Eintritte des Frühjahrs an bis zur Abmähung des Grases dasselbe mit seinem Schafvieh nicht betreibe, die Gemeinde dagegen dem Rittergute als Entschädigung für diese Beschränkung des Triftrechts die Abmähung des Grases auf dem dritten Theil des Sulzenriethes (dem Umfang nach näher beschrieben) überlassen habe.

In der Replik ist von den Klägern behauptet, den gegenseits angezogenen Grundbüchern fehle die Beweiskraft, da sie den Klägern oder ihren Vorbesitzern nicht publicirt, auch nicht von ihnen anerkannt seien. Die von der Verklagten gezahlte Steuer beziehe sich nur auf den zu

Digitized by Google

Arthland gemachten Riethantheil von 20 Ackern. Daß diese Steuer von jeher bezahlt sei, wird negirt, ebenso werden die übrigen von der Verklagten vorgebrachten Thatsachen geleugnet oder mit Nichtwissen beantwortet.

Am Schluß des ersten Verfahrens wurde auf Beweis interloquirt und den Klägern aufgegeben, den Grund ihrer Klage, soweit derselbe geleugnet worden, zu beweisen, nach beendetem Beweisverfahren erstinstanzlich der Hauptbeweis für verfehlt erkannt und die Kläger wurden nunmehr mit der erhobenen Klage und zwar auf Grund des Gegenbeweises ꝛc. abgewiesen.

Auf die gegen diesen Bescheid von den Klägern eingewendete Appellation erkannte die vormalige Landesregierung zu Weimar am 18. December 1849 zwar bestätigend, aber mit dem Beifügen, daß durch diese Entscheidung die Eigenthumsansprüche der Kläger an dem Einen, von der beklagten Gemeinde nicht prätendirten Drittheile des fraglichen Sulzenriethes, sowie die unbestrittenen Triftrechte derselben an zwei Drittheilen des Sulzenrieths nicht tangirt würden, vielmehr den Klägern vorbehalten blieben.

In den Entscheidungsgründen wurde Folgendes ausgeführt:

„Zwar konnte den der vorigen Entscheidung beigefügten Gründen, was zuvörderst den von den Klägern geführten Beweis anlangt, nicht allenthalben beigepflichtet werden. Denn, wenn auch der von beiden Theilen angezogene und schon der Klage abschriftlich beigefügte Receß vom 2. October 1801 bei seiner unbestimmten Fassung und seinen vielfach schwankenden Ausdrücken die Klagbehauptung, daß ein Eigenthumsrecht der Kläger an dem fraglichen Sulzenriethe von Seiten der beklagten Gemeinde den Erstern gegenüber ausdrücklich anerkannt worden sei, nicht zu bewahrheiten vermochte, wenn ferner auch der von den Klägern versuchte Beweis der Immemorialverjährung, da die desfallsigen Artikel des Beweises sich lediglich auf die Ausübung des Triftrechts beziehen, für verfehlt erachtet werden mußte, so haben doch die Kläger soviel dargethan: a. daß ihnen als Besitzern des Ritterguts die Obergerichtsbarkeit über Dorf und Flur E. zustehe, und b. daß das Sulzenrieth resp. der in Streit befangene Theil desselben alle wesentlichen Merkmale einer Leede im Sinne des Regulativs v. 31. März 1804 an sich trage.

„In letzterer Beziehung nämlich war lediglich in Betracht zu ziehen: 1) daß im Eingange des gedachten Regulativs vom 31. März 1804 Leeden ausdrücklich als solche Flecke bezeichnet werden, die nie urbar oder bebauet oder beschockt waren; 2) daß eine Mehrheit von Beweiszeugen sowohl als auch von Gegenbeweiszeugen mit Bestimmtheit ausgesagt hat, es sei der in Streit befangene Theil des Sulzenrieths nie urbar gemacht und nie bebauet, mindestens nie mit Feldfrüchten bestellt worden; 3) daß nach dem Zeugnisse der Steuerrevision zu Weimar auch eine Besteuerung des Sulzenrieths mit Ausnahme des im Jahre 1805 urbar gemachten, hier nicht in Frage kommenden Theils — bis zum Jahre 1841 und auch bis jetzt noch nicht Statt gefunden hat. Hiernach mußte aber der obigen Begriffsbestimmung

Digitized by Google

zufolge das fragliche Grundstück offenbar als eine Leede betrachtet werden, und es vermag an dieser Leedenqualität der Umstand, daß, wie verschiedene Zeugen zu den Fragstücken des Beweises und zum Gegenbeweise übereinstimmend angegeben haben, das Sulzenrieth immer nur im dritten Jahre zur Trift benutzt, in den beiden vorhergehenden Jahren aber, während die umliegenden Grundstücke im Sommer- und Winterfelde lagen, von den Rittergutsheerden nicht betrieben, sondern gehegt und das in diesen Zeiten auf demselben emporschossende Gras abgemäht und eingeerntet wurde, nicht das Mindeste zu ändern. Denn es liegt in der Natur der Sache, daß das Sulzenrieth, so lange die umliegenden Grundstücke im Sommer- und Winterfelde lagen, von den Heerden des triftberechtigten Ritterguts nicht betrieben werden konnte und erst im dritten Jahre, wenn die umliegenden Grundstücke in der Brache lagen, jenen Heerden wieder zugänglich wurde. Es kann jedoch eine solche keineswegs absichtliche, sondern rein zufällige, durch äußere Umstände gebotene Hegung, zu welcher auch ein sonstiger Act der Cultur wie z. B.: Wässerung, Düngung u. dgl. nicht hinzutritt, dem Urbarmachen oder Bebauen nicht gleichgestellt, auch daher das Sulzenrieth um jener zufälligen Hegung willen für eine cultivirte Wiese nicht erachtet werden.

„Da nun also das Sulzenrieth, insoweit solches jetzt noch in Frage kommt, sich als Leede charakterisirt und da nach dem mehrgedachten Regulative vom 31. März 1804 die Vergebung der Leeden in Gerichtsortschaften dem Gerichtsherrn, dafern derselbe mit der Obergerichtsbarkeit beliehen ist, so lange zusteht, als nicht von Seiten der Gemeinde ein besseres Recht an jenen Leeden und zwar entweder ein nutzbares Eigenthum oder doch mindestens der Besitz derselben dargethan werden kann; so ist zunächst von den Klägern soviel, als ihnen zu beweisen oblag, erwiesen worden.

„Allein in gleicher Weise, wie von den Klägern der Beweis der Klage, ist auch von der beklagten Gemeinde der Beweis ihrer Einrede, daß sie sich seit dem Jahre 1801 und schon vor dem Jahre 1801 im Besitze des von ihr prätendirten Theils der fraglichen Leede befunden habe, zur Genüge erbracht worden. Denn es hat eine Mehrzahl von Zeugen zu den Gegenbeweisartikeln ꝛc. bestätigt, daß schon vor dem Jahre 1801 das Sulzenrieth jedesmal zur Zeit der Hegung in drei Theile abgetheilt worden sei und daß alsdann der Besitzer resp. der Pachter des Ritterguts nur auf dem dritten, nach Morgen zu gelegenen Theile des Sulzenriehs das Gras abgemäht und eingeerntet habe, während die beiden übrigen Drittheile des Sulzenriehs in der nämlichen Weise von der beklagten Gemeinde benutzt worden seien; ferner, daß hierauf auch nach dem Jahre 1801 bis jetzt dasselbe Verhältniß fortbestanden habe, indem von Seiten des Ritterguts immer nur auf dem nach Morgen zu gelegenen Drittheile des Sulzenrieths, von Seiten der Gemeinde aber auf demjenigen Drittheile, welches unmittelbar an das ihr in Folge des Recesses vom 2. October 1801 zur Urbarmachung überlassene Drittheil angrenzt, das emporgeschossene Gras abgemäht und eingeerntet worden sei. Da nun schon nach Inhalt der Klage die beklagte Gemeinde nicht das ganze Sulzenrieth, sondern außer dem ihr durch den Receß vom 2. October 1801 überlassenen Drittheil nur noch das zweite, unmittelbar daran stoßende Drittheil beansprucht und mithin nur das letztere Drittheil Gegenstand des Streites ist, die Beklagte aber dem Bisherigen zufolge dieses Drittheil seit geraumer Zeit fortwährend soweit benutzt hat, als es der den Klägern zustehenden Triftbe-

Digitized by Google

rechtigung gegenüber überhaupt möglich war, auch diese Benutzung in stets regelmäßig wiederkehrender Weise Statt gefunden hat, so mußte die Einredebehauptung der Beklagten, daß sie sich zur Zeit der Publication des Leedenregulativs im Besitze des fraglichen Drittheils des Sulzenrieths befunden habe und sich jetzt noch in diesem Besitze befinde, als erwiesen betrachtet werden.

„Tritt nun zu dem gedachten Besitze noch der Umstand, daß das Sulzenrieth in alten Grundbüchern und zwar in einem Lagerbuche vom Jahre 1720 und einem Steuerkataster vom Jahr 1722 als Gemeinde-Sulzenrieth bezeichnet resp. unter die Rubrik der Gemeinde-Güter aufgenommen worden ist, adminiculirend hinzu, so war um so mehr der indirekte Gegenbeweis der Beklagten für gelungen zu achten und demzufolge die vorige Entscheidung — in Betracht, daß eine Entbindung der Beklagten auf Grund des erbrachten Gegenbeweises der in der vorigen Entscheidung ausgesprochenen Abweisung des Klägers auf Grund des mislungenen Beweises im rechtlichen Effekte völlig gleichsteht — in der Hauptsache sowohl, als auch in Ansehung des Kostenpunktes lediglich zu bestätigen. Nur war dabei ein ausdrücklicher Vorbehalt in Bezug auf die den Klägern unbestritten zustehende Triftberechtigung, sowie in Bezug auf die Eigenthumsansprüche derselben an dem von der Gemeinde nicht prätendirten Drittheile des Sulzenrieths zur Vermeidung etwaiger Zweifel und späterer Streitigkeiten in das Erkenntnis, wie geschehen, aufzunehmen."

Die Juristenfacultät zu Göttingen, an welche die Acten in dritter Instanz versendet wurden, erkannte hierauf an Stelle des Oberappellationsgerichts zu Jena confirmatorisch unter nachstehender Motivirung:

„Ebensowenig möchte es zu bezweifeln sein, daß der hier in Frage stehende Theil des Sulzenrieths als Leede im Sinne des Regulativs vom 31. März 1804 zu betrachten sei. Denn, wenn gleich das streitige Areal nach den Urkunden, Zeugen-Aussagen und den übereinstimmenden Angaben der Parteien in den Jahren, wo dasselbe im Winter- oder Sommerfelde gelegen, durch Abschneiden des Grases genutzt worden, und daher wohl als natürliche Wiese charakterisirt werden kann, welche die Landwirthschaft nicht mehr den Leeden beizählt, Weiske, Handbuch des allgemeinen deutschen Landwirthschaftsrechts. Leipzig 1838 §. 36, so rechnet doch das genannte Regulativ alle diejenigen Plätze zu den Leeden, welche nie urbar, nie bebauet, nie beschockt waren, und daß diese drei negativen Eigenschaften bei dem streitigen Theile des Sulzenrieths vorhanden gewesen seien, ist allerdings als bewiesen anzunehmen, — was sodann näher ausgeführt ist.

„Allein aus dem genannten Regulativ läßt sich nicht ableiten, daß den Inhabern der Obergerichtsbarkeit ein Eigenthum an den Leeden zustehe, welches sie zu einer Vindication gegen die Inhaber berechtigte. Die Leeden, deren Vergebung im genannten Regulativ geordnet wird, sind entschieden als herrenlose Landstücke vorausgesetzt, deren Occupation zum Zwecke der Bebauung aus staatswirthschaftlichen und finanziellen Rücksichten gefördert werden sollte, wobei nur nicht eine Occupation ohne Erlaubniß bestimmter Behörden stattfinden sollte. Diese sollen die Erlaubniß in Form der Vergebung zu Erbzins- oder Erbpachtrecht ertheilen und dadurch an den Vortheilen der Urbarmachung gewissermaßen participiren. Das Regulativ gibt weder Zeug-

Digitized by Google

nis von dem Eigenthumsrecht der Gerichtsherren an den Leeden, noch ist es die Absicht gewesen, durch das Regulativ selbst diese Eigenthumsrechte zu schaffen oder gar das anderen Personen bereits zustehende Recht der Gerichtsherren zu entziehen. Ob übrigens die Bestimmungen des Regulativs aus der Absicht geflossen seien, den Obergerichtsherren stehe ein Obereigenthum an jenen unbebauten in ihrem Gerichtsbezirke liegenden Strecken zu, ist hier durchaus gleichgültig, denn ein solches Obereigenthum hat gar keinen privatrechtlichen, sondern einen publicistischen Charakter, und berechtigt den Inhaber eines solches Rechtes nicht zu der civilrechtlichen Vindication.

„Ebenso ist der Beweis der anderen Klaggründe vollkommen verfehlt.

„Aus den Zeugenaussagen ergibt sich zwar, daß von den Inhabern des Ritterguts E. das Sulzenrieth in dem hier streitigen Theile zur Weide benutzt sei, es ergibt sich aber nicht, daß, wie in der Klagschrift behauptet war, auch andere Nutzungsweisen stattgehabt haben, vielmehr geht aus dem von den Klägern selbst beigebrachten Recesse vom 2. October 1801 hervor, daß die sonstige Grasnutzung von der Gemeinde E. exercirt ist.

„Dieser Receß selbst enthält auch keineswegs ein Anerkenntniß der Gemeinde, daß das Sulzenrieth dem Inhaber des Ritterguts gehöre. Höchstens würde ein solches Anerkenntnis, wenn es überhaupt in dem Recesse anzutreffen wäre, auf diejenigen 20 Acker zu beziehen sein, deren Freiheit vom Triftrecht im Recesse bedungen ist, nicht aber auf den jetzt streitigen Theil des Sulzenriethes. Wollte man aber auch mit den vorigen Urtheilsverfassern annehmen, der Beweis der Klage sei als geführt zu betrachten, so würde dies doch nicht zu einem den Klägern günstigen Resultate führen, indem jedenfalls, wie dies auch in beiden vorigen Urtheilen ausgeführt worden, der Hauptbeweis durch den gelungenen Gegenbeweis vollkommen elidirt wird.

„Aus den Aussagen mehrerer Gegenbeweiszeugen, in Verbindung mit dem von den Klägern producirten mehrgedachten Recesse ergibt sich nämlich, daß die Verklagte seit unvordenklicher Zeit von dem jetzt streitigen Theile des Sulzenrieths, wenn dies im Sommer- oder Winterfelde gelegen, das Gras abgeschnitten und zu ihrem Nutzen verwandt hat, und daß Kläger nur Weiderechte exercirt haben. Dieser Beweis wird durch die beigebrachten Auszüge aus dem Lagerbuche von 1720, dem Steuerkataster vom Jahre 1722 und dem Fundbuche von 1827 derart verstärkt, daß er nothwendig als ein vollkommen geführter anzuerkennen ist.

„Derselbe würde auch dadurch, daß — wie Kläger durch Eidesdelation zu den Artikeln ꝛc. zu beweisen versucht haben — jene Grasnutzung in den Jahren 1709 bis 1741 von den Besitzern des Ritterguts E. der Gemeinde nur precario gestattet wäre, nicht geschwächt werden, indem der Nachweis, daß vor Menschengedenken ein andrer Zustand bestanden habe, nicht geeignet ist, den Beweis der unvordenklichen Verjährung zu entkräften. v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts, Bd. 4 S. 533—535."

7.

Darf ein Gläubiger durch Freigabe des für die Schuld bestandenen Unterpfandes die Lage des Bürgen verschlimmern?

Im Frühjahr 1860 besaß der Commissionär Sch. von B. ein in

Digitized by Google

E...r Flur belegenes Wohnhaus, auf welchem damals an dritter Stelle, nach zwei vorausgehenden Hypotheken von 1000 Thlr. und 2000 Thlr., ein Unterpfandsrecht wegen einer Forderung der Frau Apotheker E. zu B. im Betrage von 2000 Thlr., alsdann in vierter Reihe ein gleiches wegen einer Forderung des Dr. K. für die Summe von 5000 Thlr. eingezeichnet waren.

Am 10. März 1860 fanden nun vor dem Justizamte zu B. zwei Verhandlungen statt, in deren einer von Seiten des Sch. und des Gutsbesitzers J. K. als Bevollmächtigten des Dr. K. ein Darlehnsvertrag verlautbart wurde, laut dessen der Dr. K. dem rc. Sch. die von ihm an die E. geschuldeten 2000 Thlr. vorstreckte, der Schuldner aber ihm zu seiner Sicherstellung: 1) das Pfandrecht der rc. E. an der E...r Besitzung übertrug, worauf der Bevollmächtigte des Dr. K. sofort die Bestätigung der Übertragung beantragte; 2) ihm außer seiner Ehefrau die E.'schen Eheleute zu Bürgen stellte, welche auch in der nämlichen Verhandlung unter Verzichtleistung auf die drei bürgschaftlichen Einreden die Bürgschaft übernahmen; 3) endlich ihm eine Reihe von Außenständen sowie den Ertrag der E...r Besitzung zur Deckung abtrat. In einer zweiten Verhandlung ward ein zwischen dem rc. Sch. und rc. K. abgeschlossener Vertrag zur Anzeige gebracht, wonach Ersterer dem Letzteren die gedachte Besitzung für 4500 Thlr. veräußerte und zwar mit der Verabredung, daß der Kaufpreis durch Übernahme des gleichen Betrags von den aufhaftenden Hypothekenschulden gedeckt werden solle.

Darauf wurde aber die E.'sche Hypothek, deren Übertragung auf Dr. K. stipulirt worden war, auf dessen Antrag gelöscht, so daß nunmehr der K.'schen Hypothek nicht mehr 5000 Thlr., sondern nur noch 3000 Thlr. an Vorhypotheken vorausgingen.

rc. K. hat nun gegen die E.'schen Eheleute auf Grund ihrer Bürgschaftsleistung Klage erhoben, dieselbe auch durch die ihr beigefügten Urkunden vollkommen liquid gestellt, die Beklagten aber haben dieser Klage den Einwand des dolus entgegengestellt, indem sie behaupten, von ihrer bürgschaftlichen Haftung durch den Umstand, daß Kläger die ihm von rc. Sch. zur Sicherung seiner Forderung eingeräumte E.'sche Hypothek habe löschen lassen, völlig befreit zu sein. Das KGericht zu E. verurtheilte die Beklagten pro petito unter Verwerfung der Einrede. Dagegen appellirte diese, das rc. Appellationsgericht zu E. bestätigte aber unterm 8. November 1861 den erstinstanzlichen Bescheid, dies in folgender Weise motivirend:

„Dieser Einwand ist verwerflich, und zwar nicht nur wegen der mangelnden Substantiirung des in Folge des angeblichen rechtswidrigen Verhaltens

Digitized by Google

des Klägers den Beklagten erwachsenen Schaden, wie der vorige Richter angenommen, sondern weil es der Einrede überhaupt an jedem rechtlichen Grunde gebricht.

„Man kann nämlich der in den erstinstanzlichen Entscheidungsgründen aufgestellten Ansicht, daß es dem Gläubiger in Fällen, wie der vorliegende, nicht erlaubt sei, durch Freigabe des für die Schuld bestellten Unterpfandes die Lage des Bürgen zu verschlimmern, keineswegs beitreten. Es ist vielmehr von den Appellaten mit Recht darauf aufmerksam gemacht worden, daß der obige Satz nur dann Geltung habe, wenn dem Bürgen das beneficium excussionis zur Seite stehe, auf welches die Beklagten im vorliegenden Falle verzichtet haben. Nachdem nämlich mit Einführung der gedachten Rechtswohlthat durch Nov. 4 cap. 1 alle Bürgschaften der Regel nach der früher vielfach üblich gewesenen fidejussio indemnitatis gleichgestellt worden, hat der Bürge, vorausgesetzt, daß er auf die ihm durch die Novelle gewährte Einrede nicht Verzicht geleistet, allerdings nur für denjenigen Schaden einzustehen, welchen der Gläubiger als solcher erleidet, und es kömmt hierbei nach bekannten Rechtsgrundsätzen der durch des Gläubigers eigene Schuld erwachsene Schaden rechtlich so wenig in Betracht, als wenn der Bürge, wie bei jener ältern Art der fidejussio, von vornherein nur für den Schaden einzustehen versprochen hätte. Dies wird bezüglich der fidejussio indemnitatis durch l. 41 pr. Dig. de fidej. et mand. (46, 1) l. 18 eod. (8, 41) und bezüglich des neueren Rechtes durch Nov. 4 cap. 1 verbis: „„si vero non valuerit a debitore recipere aut si partem aut in totum secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fidejussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat““ bezeugt. Vgl. Girtanner, die Bürgschaft S. 483. Sintenis, prakt. Civilrecht. 2. Aufl. Bd II §. 129 sub A und not. 60. Vangerow, Pandekten Bd. III §. 518 Anm. 5.

„Da nun aber die Beklagten auf die Einrede der Ordnung verzichtet haben, war der Gläubiger nicht verbunden, vor dem Angriffe der Bürgen irgend welche Schritte zu thun, um seine Befriedigung aus dem Vermögen des Hauptschuldners zu erwirken, und es können die Bürgen in Folge solcher Handlungen oder Unterlassungen des Gläubigers, welche den Verlust einer für die Forderung bestellten Sicherheit zur Folge hatten, keineswegs als ihrer Haftpflicht entledigt angesehen werden. Dies ergibt sich mit Nothwendigkeit aus der Natur der Bürgschaft, wird aber überdies für die Zeit vor der Novelle, in welcher die Bürgschaften der Regel nach in Bezug auf den Umfang der bürgschaftlichen Haftung nicht beschränkt waren, durch die Quellen bezeugt — ein Zeugnis, welches ohne Zweifel auch bezüglich solcher Bürgschaften in Betracht kommt, denen die Rechtswohlthat der Novelle in Folge Verzichtes entzogen ist. Vgl. l. 62 Dig. de fidej. et mand. (46, 1.)

„Auf den nämlichen Grundsätzen fußt auch das von den Beklagten angezogene Urtheil bei Seuffert, Archiv Bd. VII nro. 312; ihre Berufung auf Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. III S. 892, 920 aber erweist sich als unzutreffend, da jener Schriftsteller augenscheinlich nur von denjenigen Bürgschaften redet, welche durch die mehrerwähnte Rechtswohlthat gesichert sind.

„Ferner ist zu erwägen, daß schon in Folge des von den Beklagten ebenfalls geleisteten Verzichtes auf das beneficium cedendarum actionum ein rechtliches Interesse derselben am Fortbestehen des in Frage stehenden Pfandrechtes

Digitized by Google

überhaupt nicht statuirt werden kann, denn sie konnten dessen Cession so wenig vom Kläger verlangen, als der Hauptschuldner befugt war, ihnen die Stelle der geklagten E.schen Pfandschuld einzuräumen, nachdem er die Disposition über das Pfandrecht durch dessen Übertragung an den Kläger verloren hatte.

„Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich, daß im Fragefalle nichts darauf ankommt, ob jenes Pfandrecht in Folge einer Unterlassung oder eines positiven Thuns von Seiten des Klägers vernichtet worden, da eine Verpflichtung des Letzteren, dasselbe zu conserviren, überhaupt nicht angenommen werden konnte. Von nicht größerem Belange sind die Fragen, ob den Beklagten die Möglichkeit, die gedachte Hypothek geltend zu machen, bereits durch den Abschluß des Kaufvertrags, oder erst durch die Löschung der Hypothek abgeschnitten worden, ferner, ob die Bürgschaftsleistung vor oder nach dem Abschlusse des Kaufvertrags stattgefunden und endlich ob der Mitbeklagte F. von letzterem zur Zeit der Bürgschaftsleistung Kenntniß gehabt habe, da den Beklagten durch den von ihnen geleisteten Verzicht ihre Einreden wider die Bürgschaftsklage entzogen worden sind.

„Schließlich ist zu bemerken, daß von einer auf einen dolus specialis gegründeten Einrede nur dann die Rede sein könnte, wenn Kläger durch trügerische Vorspiegelungen oder Benutzung eines wesentlichen Irrthums der Beklagten, dieselben zur Uebernahme der Bürgschaft verleitet hätte, während sie nicht einmal darzuthun vermocht haben, daß sie zu derselben durch einen Irrthum über wesentliche thatsächliche Verhältnisse bestimmt worden seien."

8.

1) Über constitutum possessorium, 2) über mutatio libelli.

Der Kaufmann O. F. zu Ch. klagte gegen die Concursmasse des Verlegers B. F. zu A. auf Anerkennung des Eigenthums an einem Ballen Schnuren im Werthe von 61 Thlr. und auf Herausgabe des Ballens unter dem Anführen, daß er, Kläger, den fraglichen Waarenballen durch Kauf erworben und dem Verleger B. F. im September 1857 in Commission gegeben und B. F. den Waarenballen auch als Commissionsgut in Empfang genommen habe.

Nachdem die beklagte Concursmasse opponirt hatte, daß der Verleger B. F. den fragl. Ballen Schnuren zu der in der Klage angegebenen Zeit nicht als Commission erhalten, sondern vom Kläger erkauft und zugesendet erhalten und dadurch eigenthümlich erworben habe, gestand Kläger dies zu, replicirte aber, daß seine Eigenthumsklage (vel quasi) dennoch und zwar dadurch begründet sei, daß er im Januar 1858 mit dem damaligen B. F.'schen Disponenten und Procuraträger K. eine Vereinbarung getroffen habe dahin, daß B. F. den im September 1857 käuflich erhaltenen Waarenballen von da an als Commissionswaare behalten solle.

Das Justizamt zu A. wies die Klage in der angebrachten Weise ab, und dieser Bescheid wurde der klägerischen Appellation ungeachtet

Digitized by Google

von dem Appellationsgericht zu Eisenach aus den nachstehenden Gründen lediglich bestätigt:

„Es kann zwar dem vorigen Richter darin nicht beigepflichtet werden, daß durch das in der Replik behauptete Übereinkommen nur ein persönlicher Anspruch, nicht aber Eigenthum des Klägers, worauf die Klage gegründet ist, hätte entstehen können, weil hierzu Übergabe des libellirten Waarenballens an den Kläger gehört hätte: denn in der vom Kläger in der Replik behaupteten Vereinbarung liegt offenbar ein sogen. constitutum possessorium, indem B. F., der bisherige Eigenthümer und Besitzer des vom Kläger gekauften Waarenballens in Folge jener Vereinbarung, nach welcher das Eigenthum wieder auf den Kläger übergehen und B. F. den Waarenballen als Commissionswaare behalten sollte, denselben für den Kläger und in dessen Namen zu besitzen anfing, in welchem Falle es zur Übertragung des Eigenthums nicht einer besonderen Apprehensionshandlung bedarf, sondern der Consens der Contrahenten genügt, weil die physische Herrschaft des neuen Erwerbes über die Sache eben dadurch begründet ist, daß der bisherige Eigenthümer und Besitzer die Sache für den neuen Erwerber zu detiniren anfängt, und es eine Weitläufigkeit sein würde, wenn in solchen Fällen die Sache erst dem neuen Erwerber übergeben, und dann von diesem wieder dem frühern Besitzer zurückgegeben werden müßte. cf. l. 18 pr. D. 41, 2. l. 77 D. 6, 1. l. 28. 35 §. 5 Cod. 8, 54. Savigny, Besitz §. 27. Mühlenbruch, Pandekten Th. II §. 236 S. 52. Sintenis, Civilrecht Bd. I §. 44 not. 33 S. 460. Schmid, Handbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 80 not. 2.

„Allein dennoch rechtfertigt sich die ausgesprochene Abweisung der Klage wegen der in der veränderten Geschichtserzählung der Replikschrift enthaltenen Klagänderung.

„Denn während in der Klage der Klaganspruch darauf gegründet ist, daß der Verleger B. F. von dem Kläger den diesem gehörigen libellirten Waarenballen im September 1857 als Commission erhalten habe, ist in der Replikschrift die Behauptung der Einredeschrift, daß B. F. den Waarenballen im September 1857 nicht als Commission erhalten, sondern vom Kläger durch Kauf eigenthümlich erworben habe, zugestanden und der Klaganspruch auf das später im Januar 1858 mit dem B. F.schen Disponenten und Procuraträger abgeschlossene constitutum possessorium, wonach B. F. den im September 1857 gekauften Waarenballen als Commissionswaare behalten sollte, gegründet worden. In dieser Veränderung des historischen (factischen) Klaggrundes liegt unzweifelhaft eine Klagänderung, welche nach der A. G. P.O. Tit. V §. 4 nur so lange, als der Beklagte nicht den Krieg Rechtens pure befestigt hat, also bis zur unbedingten Einlassung auf die Klage gestattet ist. Wenn Appellant meint, daß auch bei vorliegender mutatio libelli nicht die Klage hätte abgewiesen, sondern nur ein neuer Verhörstermin hätte anberaumt werden sollen, so ist dies unbegründet, da nach der A. G. P.O. l. c. die nach geschehener Kriegsbefestigung erfolgte Klagänderung die Folge hat, daß Kläger mit seiner Klage „„weiter nicht gehört werden soll, er wollte denn die vorige Klage ganz fallen lassen und eine neue fürbringen,““ also von Anberaumung eines neuen Verhörtermins nur dann die Rede sein könnte, wenn die Klagänderung rechtzeitig d. h. vor der Einlassung auf die Klage

Digitized by Google

erfolgt wäre. Dazu kommt, daß die erhobene Vindicationsklage auch hinsichtlich des in der Klage behaupteten klägerischen Eigenthums an dem libellirten Waarenballen nicht genügend substantiirt ist, da die desfallsige Behauptung, daß Kläger denselben durch Kauf erworben habe, zu allgemein ist, weshalb sich auch aus diesem Grunde die Abweisung der Klage in der angebrachten Maße rechtfertigt."

9.

Über kaufmännische Anweisungen

spricht sich das Appellationsgericht zu Eisenach in den Gründen zu einem Erkenntnisse in Sachen des Werkmeisters W. zu A. gegen den Einnehmer F. zu Pf. unter anderm so aus:

„Denn wenn das Gesetz vom 13. Juli 1849 gegen die Vorschrift der Wechselordnung vom 26. November 1848 art. 2. 4. 1 den kaufmännischen Anweisungen wechselmäßige Wirkungen beilegt, so ist es ein correctorisches Gesetz, welches einer strengen Auslegung unterliege. Nun sind unter kaufmännischen Anweisungen nur solche zu verstehen, bei welchen wenigstens eine der dabei betheiligten Personen Kaufmann ist, Thöl, Handelsrecht Th. 1 §. 127, Blätter für Rechtspflege in Thüringen, Bd. II S. 197. Es ist aber weder der Kläger noch der Beklagte in dem hier vorliegenden Falle als Kaufmann bezeichnet. Demnächst gibt es im Rechtssinne keine Anweisungen an sich selbst, sondern nur an Dritte. Wohl kann man nach Art. 6 der Wechselordnung sich in einer Tratte als Bezogenen bezeichnen, aber nur wenn die Zahlung an einem andern Orte geschehen soll, was aber in gegenwärtiger Sache nicht der Fall ist, wie denn überhaupt, was aus den Berathungsprotokollen zur deutschen Wechselordnung hervorgeht, der Grund, warum die Praxis mancher Länder den kaufmännischen Anweisungen eine Art Wechselkraft beigelegt hat und warum dies auch stets an manchen deutschen Staaten und so auch im Großherzogthum geschehen ist, nur auf die an einen Dritten gerichteten Anweisungen paßt."

10.

Was hat man unter atrox injuria zu verstehen, welche zur Revocation einer Schenkung berechtigt?

Die früher an einen Lieutenant E. verheirathet gewesene Frau Dr. med. K. zu R. klagte gegen ihren Bruder, den Sattlermeister H. daselbst, auf Zurückzahlung einer unterm 14. Mai 1855 dem letztern geschenkten und baar ausgezahlten Summe von 1600 fl. = 1000 Thlr. unter dem Anführen: der Beklagte habe den 7. August 1855 bei der Stadtbehörde als Vorstande des Armencollegiums die Anzeige gemacht, daß die Klägerin auf eine gewissenlose Weise ihr Vermögen vergeude und, obgleich sie erst 50 Jahre alt und geschickt sei, den ganzen Tag umherlaufe, und hiermit habe er die Bitte verbunden, die Klägerin in das Landarmenhaus aufzunehmen.

Diese offenbare Beleidigung der Klägerin durch den Beklagten

Digitized by Google

werde durch den Stand der ersten und durch die Öffentlichkeit der Anzeige und durch den Umstand zu einer schweren Injurie, daß das Landarmenhaus mit dem Landarbeitshause verbunden sei, und in Folge dessen die Pfleglinge des erstern in demselben Gebäude mit den Arbeitshaussträflingen wohnen und mit ihnen in vielfache Berührung kommen, so daß jene Anzeige des Beklagten die Klägerin tief habe verletzen müssen. Deshalb werde die erwähnte Schenkung der 1600 fl. widerrufen.

Der Klage waren abschriftlich beigefügt: sub A ein Schein des Beklagten, daß ihm seine Schwester die verwittwete Frau Lieutenant E. 1000 Thlr. geschenkt und baar ausgezahlt habe, vom 14. Mai 1855; sub B die Eingabe des Beklagten vom 7. August 1857 an das Armencollegium, worin gebeten wird, „daß die Klägerin für ihr circa noch „400 fl. betragendes Vermögen in eine öffentliche Versorgungsanstalt, „sowie z. B. in das Landarmenhaus aufgenommen werde." Zur Motivirung dieses Gesuchs wird in der Eingabe angegeben: „Die Klä„gerin habe mit ihrem Erbtheile auf gewissenlose Weise gewirthschaftet, „eine Menge Schulden contrahirt, so daß ihr Vermögen bis auf 250 „bis 400 fl. geschmolzen sei; dieselbe sei erst 50 Jahre alt und geschickt, „allein ganz faul, denn sie laufe ganze Tage umher, arbeite nichts und „setze täglich durch Contrahirungen neuer Schulden von ihrem Kapitale „zu, so daß zu befürchten stehe, daß sie in wenigen Jahren ihr Vermö„gen durchgebracht habe und der Stadtbehörde zu X. zur Last falle. Um „sich aber vor künftigen, gerechten Vorwürfen zu schützen, so zeige er „dies hiermit pflichtschuldigst an, verwahre sich gegen jede Zumuthung „wegen Unterstützung seiner Schwester im Verarmungsfalle;" sub C eine schriftliche Erklärung der Klägerin gegen obige Eingabe, vom 25. Septr. 1855, worin sie den Vorwurf der Faulheit und Verschwendung zurückweis't, wobei sie angibt, daß sie Nachmittags alltäglich von 1—5 Uhr einigen Kindern Unterricht im Stricken ertheile und dann zuletzt nach 5 Uhr jedesmal zu ihrer Wohlthäterin der Madame B. gehe, welche ihr täglich Abendbrot reiche und ihr schon Geschenke von vielerlei Kleidungsstücken gemacht habe; früher habe sie aus Nahrungslosigkeit allerdings von ihrem Vermögen zusetzen müssen.

Von dem Beklagten wurden noch folgende Zeugnisse zu den Acten gebracht:

sub K. „In der Klagsache der Frau Dr. K. geb. H. gegen den „Sattlermeister H. hier wegen Widerrufs einer Schenkung wird an„tragsgemäß bescheinigt, daß die Aufnahme in die mit dem Landarbeits„haus verbundene Versorgungsanstalt, wenn schon sich gegen dieselbe

Digitized by Google

„wiederholt Abneigung kundgegeben hat, hier doch nicht als etwas Ehrenrühriges oder Schimpfliches gilt.

R. den 1. Oct. 1862. Der Stadtrath."

sub L. „Dem Rechtsanwalt K. hier werden auf Verlangen folgende Thatsachen andurch bescheinigt:

1) „Seit dem Bestehen der mit dem Landarbeitshause verbundenen Landesversorgungsanstalt haben auch Personen aus dem Mittelstande daselbst Aufnahme gefunden.

2) „Die fragliche Versorgungsanstalt befindet sich zwar in demselben Gebäude, in dem die Landarbeitshausgefangenen sind, die Versorgten essen und arbeiten auch theilweise zusammen mit den Gefangenen in einem Locale und kommen deshalb auch mehrfach mit einander in Berührung, allein im ersteren Falle, beim Essen, sind dieselben immer durch besondere Eßtische streng geschieden und im letzteren Falle, beim Arbeiten, findet dieses Verfahren nur bei solchen Versorgten statt, bei welchen die Direction im einzelnen Falle und nach dem Umständen des einzelnen Falles, wie z. B. bei blödsinnigen, irrsinnigen Versorgten, darin etwas Unzuträgliches nicht zu erblicken vermocht, und die Überzeugung gewonnen hat, daß die betreffenden Personen in einer solchen Berührung nichts Verletzendes finden, daß vielmehr der Mehrzahl derselben, so wie dem gesammten Personal der weiblichen Versorgten, besondere Wohn-, Speise- und Arbeitslocale angewiesen werden, in denen sie mit den Strafgefangenen in keinerlei Berührung kommen.

3) „Werden sowohl in Bezug auf die Wahl der Arbeiten, mit denen die Versorgten beschäftigt werden, als auch in jeder andern Beziehung je nach dem Stande und der Bildungsstufe, angemessene Unterscheidungen gemacht.

4) „Nach der bisherigen Praxis dringt sich dem Unterzeichneten die Überzeugung auf, daß die Aufnahme von Personen in die gen. Versorgungsanstalt durchaus nichts Ehrenrühriges involvirt.

R., den 3. October 1862.

Direction der Landesversorgungsanstalt."

Die angestellte Klage wurde unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten von dem Kreisgerichte zu R. und in zweiter Instanz von dem Appellationsgerichte zu Eisenach abgewiesen.

Es lauteten die Entscheidungsgründe:

I. Des Kreisgerichts zu R.

„Die erhobene Klage macht den Widerruf einer am 14. März 1855 an den Beklagten bewirkten Schenkung von 1600 fl. wegen Undankbarkeit geltend, indem sie sich deshalb auf eine wörtliche Beleidigung gründet, welche der Beklagte in einem an das Armencollegium hier gerichteten Schreiben vom

Digitized by Google

7. August 1855 der Klägerin zugefügt habe. Zum Begriffe der Undankbarkeit, welche dem Schenker das Recht des Widerrufs gestattet, gehören nun nach L. 10. C. de revocand. don. (8, 56) neben einigen andern Gründen auch Verbal- und Realinjurien von Seiten des Beschenkten: — „„ita, ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat. — ““

„Der Schwerpunkt liegt also gegenwärtig in der Frage, ob in dem angezogenen Schreiben des Beklagten vom 7. August 1855 eine grobe wörtliche Beleidigung (injuria atrox) gefunden werden könne, und diese Frage ist zu verneinen.

„Zunächst ist das Anführen der Klägerin, daß die Angaben des Beklagten in dem Schreiben vom 7. August 1855 sich als unwahr herausgestellt hätten, unrichtig, im Gegentheil hat Klägerin in ihrer Eingabe vom 25. September 1855 an das Armencollegium hier soviel zugestanden, daß sie früher aus Nahrungslosigkeit allerdings von ihrem Vermögen habe zusetzen müssen. Aber auch abgesehen hiervon kann dem Beklagten eine grobe wörtliche Beleidigung der Klägerin nicht zur Last gelegt werden. Denn die Aufnahme in eine öffentliche Versorgungsanstalt hat weder nach gesetzlichen Bestimmungen, noch auch nach der gemeinen Meinung irgend einen Verlust der allgemeinen oder bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge, auch selbst dann nicht, wenn die Versorgungsanstalt in der angegebenen Weise mit dem Landarbeitshause in Verbindung stehen sollte; es ist diese Auffassung so selbstverständlich, daß es eines weitern Eingehens auf den die Richtigkeit dieser Auffassung bestätigenden Inhalt der Gegenbeweisurkunden K. und L. nicht einmal bedarf. Was sodann die Auslassungen des Beklagten im Schreiben vom 7. August 1855 betrifft, „„die Klägerin sei ganz faul, denn sie laufe ganze Tage herum, mache neue Schulden, setze ihr Vermögen zu und lasse befürchten, daß sie schließlich der Stadtbehörde zur Last falle,““ so ist darin allerdings der Vorwurf eines Lasters enthalten; allein dadurch ist die Annahme einer beleidigenden Absicht ohne Weiteres noch keineswegs bedingt, sie erscheint vielmehr um so weniger gerechtfertigt, als die Unwahrheit des Vorwurfs dem Beklagten ebensowenig nachgewiesen worden ist.

„Nach Lage der Sache befürchtet vielmehr Beklagter Vorwürfe, wenn er als Bruder zu dem Lebenswandel der Klägerin stillschweige und stand in der Meinung, daß er auf den Verarmungsfall der letztern zu deren Unterstützung herangezogen werden könne, zu welcher Meinung ihn auch der Umstand, daß er der Klägerin in seinem Hause Wohnungsrecht eingeräumt hatte, veranlaßt haben mochte. Mochte nun auch Beklagter hierin sich irren, so kann doch nicht in Abrede gestellt werden, daß vermöge des zwischen den Parteien bestehenden persönlichen Verhältnisses Beklagter an den Vermögensumständen der Klägerin ein wesentliches Interesse hatte, und daß man ihm das Recht nicht versagen kann, um mit seiner Fürsorge für die Klägerin durchzudringen, einer städtischen Behörde gegenüber eine Darstellung der Verhältnisse zu geben, auch wenn sie der Klägerin unangenehm und empfindlich sein sollte. Eine beleidigende Form, oder eine Überschreitung dessen, was zur Sachdarstellung sich nöthig machte, kann aber im Schreiben des Beklagten vom 7. August 1855 nicht gefunden werden, so daß Umstände für das Dasein eines dolus ebensowenig angenommen werden können.

„Aus diesen Gründen fehlt es im vorliegenden Falle an dem Thatbestand einer injuria atrox, und solchenfalls auch an einem gesetzlichen Revoca-

Digitized by Google

tionsgrunde der Schenkung, weshalb in der Weise, wie geschehen, erkannt werden mußte."

II. Des Appellationsgerichtes zu Eisenach:

„In der Sache selbst hat die nochmalige richterliche Prüfung des Klaginhaltes in dieser Instanz zu einer Änderung des erstinstanzlichen Bescheides nach dem Antrage der Appellantin nicht geführt. Nach const. 10 de revoc. donat. VIII 56 ist die Undankbarkeit des Beschenkten gegen den Schenkgeber als ein den Widerruf einer (sonst gültigen) Schenkung rechtfertigender Grund anerkannt, und zugleich sind die verschiedenen ausschließlich zulässigen causae ingratitudinis (vgl. const. cit. verb.: „„ex his tantummodo causis — donationes everti concedimus,"") aufgezählt und unter diesen auch die schwere Beleidigung, injuria atrox ausdrücklich aufgezählt worden. Der vorige Richter hat eine solche in der Klage nicht angegeben und begründet gefunden, und wir müssen ihm darin beistimmen. Abgesehen nämlich von einer Realinjurie, die häufiger als eine Verbalinjurie bis zur atrocitas ausarten mag, hier aber nicht vorliegt, fragt es sich nur noch, ob die Klage eine schwere (atrocem) wörtliche Verletzung der Ehre der Klägerin enthalte. Eine feste Definition der atrocitas der wörtlichen Injurie, eine Bestimmung der Grenze, welche die schwere Injurie von der leichten scheidet, enthalten die Gesetze nicht, vielmehr wird das richterliche Ermessen nach den Umständen des concreten Falles zu bestimmen haben, ob eine schwere wörtliche Injurie anzunehmen sei oder nicht, wobei man auf die, wenn auch nur analogisch anwendbaren Beispiele der römischen Rechtsquellen (vgl. §. 9 (10) Inst. de injur. IV 4. l. 7. §§. 2. 7. 8 und l. 9. Dig. ibid. 47, 10) Rücksicht zu nehmen hat, nach welchen 1) re ipsa, 2) loco, 3) ex persona, 4) pro damno (ex loco vulneris) 5) tempore eine Injurie zur schweren (atrox) werden kann. Insbesondere wäre es willkürlich, anzunehmen, daß solche wörtliche Beleidigungen hier erfordert würden, welche nach den Gesetzen die Enterbung des Beleidigers rechtfertigen, oder den Vorwurf eines Verbrechens enthalten, wenn es auch andrerseits keinem Zweifel unterliegen kann, daß Injurien solcher Art, namentlich die falsche Anzeige von Verbrechen bei einer Behörde, ja schon der Vorwurf von Verbrechen überhaupt — abgesehen von bloßen polizeilichen Delicten — vgl. Art. 188 und 185 des Strafgesetzbuches — als schwere Injurien bezeichnet werden können. Das Gebiet der letztern ist vielmehr an sich ein weiteres, und es müssen auch andere wörtliche Ehrenkränkungen, welche den guten Ruf eines Menschen in empfindlicher und überhaupt ausgezeichneter Weise zu gefährden geeignet sind, als schwere gelten. Das richterliche Ermessen kann bei Bestimmung der atrocitas injuriae gewiß auch von denjenigen Rücksichten sich leiten lassen, welche das Strafgesetzbuch in Art. 192 über die größere oder geringere Strafbarkeit der Ehrenkränkungen aufführt, da diese mit den in den römischen Rechtsquellen enthaltenen Rücksichten im Allgemeinen übereinstimmen, sich offenbar auch, wie diese, nach dem Grade der Schwere der concreten Injurie richten, und die desfallsige Anschauung unserer Zeit und unseres Volkes enthalten, die bei der Injurie hauptsächlich mit zu betrachten ist. Von dem Standpunkte unseres, die bezüglichen Bestimmungen des römischen Rechts involvirenden Strafgesetzbuches aus kann man aber den libellirten Erklärungen und Handlungen des Beklagten einen erschwerenden Charakter nicht beilegen. Sie sollen in den Vorwürfen bestehen: a. daß Klägerin auf

Digitized by Google

eine gewissenlose Weise ihr Vermögen vergeude, und b. daß sie nichts arbeite, faul sei und den ganzen Tag umherlaufe, so wie weiter c. in dem Antrage, die Klägerin in das mit dem Landarbeitshause verbundene Armenhaus aufzunehmen. Die Vorwürfe unter a und b schreiben der Klägerin zwar Fehler zu, allein diese Fehler — das Verthun des eigenen Vermögens und die Faulheit — sind der Art, daß sie nach der allgemeinen Ansicht den Ruf und die Ehre eines Menschen an sich entweder nicht unter allen Umständen oder nicht in erheblicher Weise verletzen.

„Auch der erwähnte Antrag kann kaum als Injurie betrachtet werden, namentlich in der Form, wie er im Fragefalle vorgebracht worden. An und für sich schändet die Aufnahme in ein Armenhaus Niemanden, und der zufällige Umstand, daß das Armenhaus in R. mit dem Landarbeitshause in demselben Gebäude sich befindet, kann hieran um so weniger ändern, als bei Tisch und bei der Arbeit, auch bezüglich der Wohnung, namentlich rücksichtlich der im Arbeitshause versorgten Personen weiblichen Geschlechts eine Scheidung von den detinirten Arbeitshäuslern stattfindet; als ferner in das Landarmenhaus zu R. bisher schon eine Reihe von Personen aus dem Mittelstande sich haben aufnehmen lassen, und als endlich in Bezug der Arbeitszutheilung und in jeder andern Beziehung auf den Stand der im Armenhaus Versorgten Rücksicht genommen wird.

„Will man aber auch in den libellirten Erklärungen und Handlungen des Beklagten Ehrenkränkungen im Allgemeinen erblicken, so liegen doch nach den Rücksichten, welche Art. 192 des Strafgesetzbuches (in Übereinstimmung mit dem römischen Rechte) enthält, jedenfalls keine Erschwerungen derselben vor. Denn ad Ziff. 1) kann der Klägerin, wenn sie auch früher an einen Lieutenant und später an einen Doctor verheirathet war, eine hohe bürgerliche Stellung nicht vindicirt werden, da sie nach ihren eigenen Auslassungen sich mit Stricken und Strickstunden ihren Unterhalt erwerben muß, ja sogar zu diesem Behufe von den Wohlthaten anderer Menschen dauernd Gebrauch macht;

ad Ziff. 2. Es ist nicht abzusehen, welche nachtheiligen Folgen aus der libellirten Injurie für den Erwerb oder das Fortkommen der Verletzten entstehen sollen.

ad Ziff. 3. Da der Beklagte der Bruder der Klägerin ist, so fehlt es an allem Grunde, aus welchem jener dieser zu besonderer Achtung und Ehrerbietung verpflichtet wäre.

ad Ziff. 4. Die Injurie beschränkt sich lediglich auf die Person der Klägerin.

ad Ziff. 5. Die betreffenden Vorwürfe sind zwar in einer an das Armen-Kollegium gerichteten Eingabe enthalten; allein diese war nach ihrem Zwecke auf Veröffentlichung nicht berechnet und kam nur denjenigen zu Gesicht und zur Kenntniß, welche Mitglieder des Armenkollegiums sind.

ad Ziff. 6. Was die objektiv wahre Veranlassung zu dem fraglichen Antrage des Beklagten und zu den damit verbundenen Äußerungen gewesen sei, darüber enthält die Klage selbst nichts; nach des Beklagten eigenen Angaben, in den Klagbeilagen, besteht er in der Absicht des Beklagten, sich vor etwaigen Unterstützungsansprüchen der Klägerin zu sichern und die Stadt- (Armen-) Behörde zeitig auf die Verarmung derselben, welche sie selbst einräumt, aufmerksam zu machen. Dieser Grund ist weder rechtlich, noch mora-

Digitized by Google

lisch zu verwerfen; um so mehr verliert aber auch der Vorwurf der Vermögensvergeudung und der Faulheit an Bedeutung und Gehässigkeit, weil er bloß als Motiv eines an sich nicht verwerflichen oder verletzenden Antrags sich charakterisirt."

Über die Auswahl der Hilfsgegenstände nach Fürst. Reuß. d. j. L. Gesetzgebung.

Vom Herrn Kreisgerichtsrath Dr. Herzog zu Gera.

Das Verfahren bei Vollstreckung gerichtlicher Erkenntnisse gehört zwar keines Falles zu den theoretisch interessanteren Theilen des Proceßrechtes. Wohl aber ist dasselbe von besonderer praktischer Wichtigkeit für den Gläubiger sowohl, als für den Schuldner, und eben um deswillen beansprucht es auch seitens des Richters ein eingehendes Interesse; ganz abgesehen davon, daß schon die Menge der Verhandlungen in der Exekutionsinstanz in der Regel eine so bedeutende und in Anbetracht dessen das Auftauchen des oder jenes Zweifels und Bedenkens fast unvermeidlich ist.

Ein Zweifel dieser Art, und zwar durchaus nicht unwichtiger Natur, hat sich denn auch bezüglich der Auswahl der Hilfsgegenstände nach Fürstlich Reußischer d. j. L. Gesetzgebung ergeben und zu wiederholten Malen in grundsätzlich verschiedenen Entscheidungen der Gerichte seinen Ausdruck gefunden. Es soll derselbe hier mit kurzen Worten besprochen werden, ohne daß an die einzelnen Fälle, die an sich ohne Interesse sind, des Näheren anzuknüpfen sein wird.

Es kommt häufig vor, daß Gläubiger, deren Eifer in der Exekutionsinstanz nicht selten mit ihrer früheren Sorgfalt und Bedachtsamkeit beim Kontrahiren und Kreditiren im umgekehrten Verhältnisse steht, nach gestandenen Berechnungs- und Hilfsterminen und erfolgter Feststellung des Liquidums sofort eine Mehrzahl von Klassen von Exekutionsobjekten benennen, beispielsweise ganz im Allgemeinen die Mobilien und Immobilien des Schuldners zugleich; daß sie sodann zunächst um Zusprechung eines richterlichen Pfandrechts resp. Eintragung einer Hypothek an den Immobilien des Schuldners nachsuchen; sobald sie aber den Hilfs- und Pfandschein (Hypothekenbrief) glücklich erlangt haben, auf halbem Wege stehen bleiben und nun wiederum Exekution in die Mobilien begehren.

Die Mehrzahl der Fürstlich Reußischen Gerichte erachtet, soviel dem Einsender bekannt geworden ist, ein derartiges Suchen nach Maßgabe von §. 5 des Exekutionsmandats vom 31. Dezember 1835 für unstatt-

Digitized by Google

haft. Allein es sind auch gegentheilige Entscheidungen erfolgt und zwar stützen sich dieselben im Wesentlichen auf folgende Gründe. Der bereits erfolgte Beginn der Exekution in das Immobiliar schließt eine gleichzeitige Exekution in das Mobiliar nicht aus, dafern der Kläger im ausgesprochenen Sinne seines Antrags durch das richterliche Pfandrecht an dem Immobiliare etwa nur eine Sicherung für seine, auf der Exekution stehende Forderung habe erlangen wollen. Durch die Gewinnung der Hypothek sei der Kläger noch keineswegs gebunden, nunmehr auch die nach §. 11 des Exekutionsmandats ihm zustehenden Anträge auf Verkauf der Immobilien und ausschließlich diese Anträge zu stellen; es könne ihm vielmehr das Recht nicht abgesprochen werden, neben der erlangten Sicherheit auch Verfügung der Exekution in das, als Hilfsgegenstand mitbezeichnete Mobiliar zu beanspruchen, weil das Gesetz vom 31. Dezember 1835 ebensowenig, wie das Justizmandat von 1751 ein diesfallsiges Verbot ausspreche, nach den Bestimmungen der A. S. Proceßordnung Tit. XXXIX §. 4, 5, 9 und 17 aber die Vollstreckung der Hilfe zunächst in das Mobiliar, als dem Schuldner weniger lästig, die Regel bilde.

Diese letztere Auffassung dürfte sich aber bei näherer Erwägung der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen wohl kaum rechtfertigen lassen, die erstere dagegen namentlich auch mit dem ausgesprochenen Grundsatze des Exekutionsgesetzes, „daß der Richter darauf sehen solle, daß der Schuldner durch die Wahl des Hilfsobjektes nicht ohne Noth von dem Gläubiger gedrückt werde," in besserem und wahrerem Einklange stehen.

1.

Der fünfte Paragraph des Exekutionsgesetzes vom 31. Dezember 1835 (das fragliche Gesetz bezeichnet sich als Verordnung wegen Abkürzung des Verfahrens bei Vollstreckung gerichtlicher Erkenntnisse, enthält aber in der That eine umfassende und vollständige Exekutionsordnung) bestimmt:

Wenn das Liquidum festgestellt ist; so hat der obsiegende Theil diejenigen Gegenstände zu bezeichnen, in welche er die Hilfe vollstreckt haben will.

Es soll ihm hierbei zwar nach Maßgabe §. 17 des Justizmandats von 1751 die Wahl freistehen, ob er die Mobilia oder Immobilia oder ausstehende Forderungen seines Schuldners zum Hilfsgegenstand angeben will; der Richter hat jedoch darauf zu sehen, daß der Schuldner durch die Wahl des Hilfsobjektes nicht ohne Noth von dem Gläubiger gedrückt werde ꝛc. ꝛc.

Der für maßgebend erklärte §. 17 des Justizmandats von 1751

Digitized by Google

(einer kürzlichen Verwerfung einer Anzahl von Befreiungen der Erläuterten S. P. O.) lautet nun aber dahin:

Soll in Klägers freiem Willen stehen, ob er die Hilfe in die Mobilia oder Immobilia oder auch in die Activ-Schulden, so Beklagter solchenfalls eidlich anzuzeigen hat, zuerst vollstrecken lassen wolle. Wann aber der Beklagte unmündig, soll zuförderst die Exekution in die Mobilia und Activ-Schulden geschehen ꝛc. ꝛc.

In diesen gesetzlichen Bestimmungen ist überall von Mobilien, Immobilien und ausstehenden Forderungen disjunctive die Rede; in der zuletzt gedachten wird ausdrücklich von einem successiven Erfolge der Exekution in die verschiedenen Gruppen von Hilfsobjekten gesprochen.

Wie aber diese successive Aufeinanderfolge zu verstehen sei, lehrt die A. S. P. O., indem sie Tit. XXXIX §. 9 vorschreibt, es solle, im Falle nicht soviel Fahrniß vorhanden, daß der Gläubiger davon bezahlt werden könnte, zu den liegenden Gütern geschritten, und ebendaselbst §. 17 verordnet, daß dann, wenn auch der Erlös der liegenden Güter nicht zureiche, um den Gläubiger zu befriedigen, zu den außenstehenden Nominibus gegriffen werden solle.

Diese Bestimmungen der A. S. P. O. sind allerdings weder in dem Justizmandate von 1751, noch in dem neuesten Gesetze von 1835 aufgehoben. Aufgehoben ist nur der frühere Ausschluß des Gläubigers von der Wahl der Hilfsobjekte, die nothwendige Aufeinanderfolge der Exekution in das Mobiliar, das Immobiliar, die ausstehenden Forderungen. Der Gläubiger kann also dermalen frei wählen zwischen jenen einzelnen Gruppen von Hilfsobjekten (mit Ausnahme des Falles der Unmündigkeit des Beklagten, wo eine Beschränkung stattfindet); hat er aber einmal gewählt, hat m. a. W. eine bestimmte Art von Exekution begonnen, so ist zunächst abzuwarten, ob auf dem vorgeschlagenen Wege Befriedigung zu erlangen sein werde oder nicht, da ja dem Gläubiger das Recht, zu variiren, so wenig eingeräumt ist, wie dasjenige, vom Anfange an zwei verschiedene Klassen von Hilfsobjekten (mit praktischem Erfolge!) zugleich anzugeben. Eine gleichzeitige Angabe würde daher immer nur als eine eventuelle betrachtet und der Gläubiger in einem solchen Falle ausdrücklich über seine eigentliche nächste Intention, dafern diese noch unklar wäre, befragt werden müssen.

Diese Auslegung scheint denn auch durch die disjunktive Fassung von §. 8 des Exekutionsgesetzes, sowie durch die Fassung von §. 11 und analogisch durch den Schlußabsatz von §. 5 desselben Gesetzes, im Allgemeinen endlich, wie bereits bemerkt, durch die angeordnete Rücksichts-

Digitized by Google

nahme auf das Interesse des Schuldners, — für welchen eine gleichzeitige, wenn auch nur erst eingeleitete oder beginnende, Hilfsvollstreckung in Mobiliar und Immobiliar und ausstehende Forderungen selbstverständlich höchst drückend ist, da sie ihn nicht nur an aller freien Bewegung und Verfügung hindert, sondern auch seinen Kredit auf das äußerste erschüttern kann, — wesentlich unterstützt zu werden.

2.

Der eigentliche Zweck des Hilfsverfahrens, als solchen, ist gewiß nicht die Sicherstellung des Gläubigers, sondern dessen Befriedigung. Insbesondere dürfte die Zusprechung eines Hilfspfandrechts an Immobilien des Schuldners resp. die Eintragung einer Hypothek auf denselben, schwerlich als bloße Sicherheitsmaßregel für den Gläubiger verlangt resp. resolvirt werden können. Bedarf es solcher Sicherungsmaßregeln, wie dies z. B. beim Abfalle der Nahrung des Schuldners der Fall sein kann, so würde nach §. 19 des Justizmandats zu verfahren sein. Auch eine etwa vorkommende beiläufige Bemerkung, daß der Schuldner bereits verschiedene Hypothekenschulden habe, kann natürlich nicht als eine Behauptung des Abfalls der Nahrung desselben angesehen werden, noch kann sich hierdurch der Charakter des Hilfsverfahrens, als solchen, ändern. Daß aber die Zusprechung eines Hilfspfandrechts resp. die Eintragung der Hypothek, die wirkliche Vollstreckung der Exekution in das Immobiliar, resp. den ersten Akt derselben, bildet, folgt mit Gewißheit aus §. 17 Absatz 2 des Justizmandats, §. 8 sub Nr. 2 des Exekutionsgesetzes von 1835 und endlich §. 41 des Hypothekengesetzes vom 20. November 1858.

3.

Die Bestimmung der A. S. P.O., daß die Vollstreckung der Hilfe zunächst in das Mobiliar die Regel bildet, kann um deswillen bei dieser Frage nicht maßgebend sein, weil eben nach neueren gesetzlichen Normen — dem Justizmandate und dem Exekutionsgesetze von 1835 — dem Gläubiger ein, der A. S. P.O. völlig fremdes, Wahlrecht zusteht zwischen Mobiliar, Immobiliar und ausstehenden Forderungen, von einem die Regel bildenden nächsten Hilfsobjekte also im Allgemeinen wohl nicht zu sprechen sein dürfte. Vgl. auch: Heimbach, sächs. Proceß I §. 177. Kori, sächs. Proceß §. 196. Es würde aber auch in gar vielen Fällen nur scheinbar eine geringere Belästigung des Schuldners sein, wenn der Gläubiger sich eine Hypothek am Immobiliare des Schuldners durch richterlichen Zwang bestellen läßt und dann, auf halbem Wege stehen bleibend, wiederum

Digitized by Google

Mobiliarexekution beantragt. Denn abgesehen von dem hierdurch entstehenden, oft ziemlich bedeutenden Kostenaufwand würde der Schuldner, dafern im Wege der Hilfsvollstreckung in das Immobiliar wider ihn fortgeschritten werden würde, vor Weiterem wenigstens noch eine 14tägige Zahlungsfrist erhalten (§. 11 des Exekutionsgesetzes), während dagegen die Auspfändung sofort vollstreckt werden muß und die durch dieselbe bedingten Kosten verloren gehen, wenn dann doch noch Subhastation der Immobilien erforderlich wird.

Nach diesem allem wird es nicht allein im wohlverstandenen Interesse des Schuldners, sondern auch in demjenigen des Gläubigers liegen, wenn in Fällen dieser Art zuerst die Exekution in das Mobiliar beantragt wird, da diese ein rasches und ziemlich sicher zu übersehendes Resultat ergibt; dagegen wird es z. B. immerhin bedenklich sein, mit der Hilfsvollstreckung in das Immobiliar den Anfang machen zu lassen, weil alsdann erst nach geschehener, mit langen Fristen verbundener Versteigerung der Hilfsobjekte ein Urtheil darüber möglich ist, ob nunmehr noch eine andere Klasse von Vermögensobjekten des Schuldners anzugreifen sein werde oder nicht.

I. Über die Folgen des unterbliebenen rechtlichen Verhörs im ersten Verfahren; II. über den Beweis durch sogenannte Dispositionszeugen.

Ein Rechtsfall, mitgetheilt von dem Herrn Rechtsanwalt Rudloff zu Großrudestedt.

I.

Der Oeconom Jacob M. zu K. hatte an seinen Bruder Wilhelm M. zu D. verschiedene Grundstücke für 2100 Thlr. verkauft und klagte, unter Aufrechnung verschiedener vom Bekl. geleisteter Zahlungen und Auslagen, auf den Rest dieser Forderung im Betrage von 568 Thlrn. 15 Sgr. 4 Pf., wovon er sich aber noch 256 Thlr. 7 Sgr. 6 Pf. nebst Zinsen abrechnen lassen wollte, welche seine Schwester, die verehelichte N. zu S., an ihn zu fordern habe, falls der Beklagte solche für ihn an seine gedachte Schwester gezahlt habe. Daß dies geschehen, wurde einredeweise vom Bekl. behauptet und in der Replikschrift vom Kläger zugestanden, es minderte Kläger deshalb in der Replikschrift selbst das Klaggesuch auf die sich hiernach ergebende Summe von 301 Thlrn. 1 Sgr. 10 Pf. Die Klagbehauptungen wurden im wesentlichen zugestanden.

Digitized by Google

Der Beklagte schützte aber unter III b der Einredeschrift noch vor: Kläger habe von seiner Mutter 1125 Thlr. als Darlehn bekommen und sich verbindlich gemacht, dieses Darlehn mit $3\frac{1}{2}$ % jährlich zu verzinsen. Seine Mutter sei am 26. Juni 1848 verstorben und 1) vom Kläger, 2) vom Beklagten, 3) von der Tochter Frau N. und 4) von einem dritten Sohn Christoph M. zu D. zu gleichen Theilen beerbt worden.

Bei der Erbtheilung sei vereinbart worden, daß von dem obengedachten von Jakob M. an die Erben schuldigen Darlehn der 1125 Thlr. die Summe von 556 Thlrn. 7 Sgr. 6 Pf. nebst Interessen zu $3\frac{1}{2}$ % jährlich vom 26. Juni 1848 ab dem Christoph M. auf sein Erbtheil zufallen und von Jakob M. an diesen gezahlt werden sollten.

Er, der Beklagte Wilhelm M., habe nun die gedachten 356 Thlr. 7 Sgr. 6 Pf. für Rechnung des Klägers am 18. März 1852 an Christoph M. bezahlt und compensire mit denselben gegen die Klagforderung.

Der Kläger gestand in der Replikschrift ein, seinem Bruder Christoph M. auf die gedachte Weise 356 Thlr. 7 Sgr. 6 Pf. schuldig geworden zu sein, leugnete aber, daß Wilhelm M. an Christoph M. die gedachten 356 Thlr. 7 Sgr. 6 Pf. gezahlt habe und schützte in der Replik verschiedene, bei der obigen Frage nicht weiter in Betracht kommende recompensanda war, worauf Bekl. duplicando — das Thatsächliche der Repliken negirend — Thatumstände geltend machte, durch welche die replicirten recompensanda theils ganz, theils in tantum beseitigt wurden. Diese Dupliken enthielten zugleich wieder weitere Gegenforderungen, welche Beklagter gegen Kläger zu haben behauptete; die nachträgliche Vorschützung dieser Einreden rechtfertige sich dadurch, daß Beklagter erst nach dem Ablauf der Exceptionsfrist Kenntnis von den darin erwähnten Forderungen durch seinen Bruder Christoph M. erhalten habe. Er erbat sich dabei zum juramentum novorum und schob den Eid auch hierüber dem Kläger zu.

Das Gericht erster Instanz theilte die Duplikschrift dem Gegentheil nicht mit, ertheilte vielmehr sofort erstinstanzlichen Bescheid, dem Kläger den Beweis der Klage auferlegend, mit Vorbehalt des Gegenbeweises für den Beklagten.

Gegen dieses Erkenntnis appellirte der Kläger um deswillen, weil ihm noch der Beweis über die Klage auferlegt sei, während dieselbe in allen wesentlichen Punkten zugestanden, bezüglich für zugestanden zu achten sei. Das Appellationsgericht zu E. fand diese Beschwerde begründet und erkannte: In der Hauptsache habe der Beklagte die Klage zugestanden und der Beklagte die von ihm unter III b vorgeschützte Einrede binnen 30 Tagen, vorbehältlich des Klägers Gegenbeweises binnen gleicher Frist, zu erweisen.

Digitized by Google

Dieses Erkenntnis wurde rechtskräftig und es trat nun der Beklagte den Beweis an und zwar zunächst über die gedachte Einrede, indem er über die für Rechnung des Klägers von ihm an Christoph M. bewirkte Zahlung der 356 Thlr. 7 Sgr. 6 Pf. eine Quittung des letztern inducirte, denselben als Zeugen benannte und eventuell den Eid zuschob; ferner auch über die in der Duplikschrift vorgeschützten Dupliken und die dort nachträglich vorgeschützten Einreden, indem er darüber theils den Eid deferirte, theils sich auf Urkunden bezog.

Der Kläger bestritt die Zulässigkeit des Duplikenbeweises, weil derselbe im Beweisinterlocut nicht auferlegt, mithin die Dupliken und die nachträglich vorgeschützten Einreden stillschweigend aberkannt seien.

Das Gericht erster Instanz erkannte hierauf, daß der vom Bekl. angetretene Duplikenbeweis nicht zu beachten sei, „weil die verspätete Duplik der Gegenforderung stillschweigend durch das Beweisinterlocut aberkannt sei."

Hiergegen appellirte der Beklagte. Das Appellationsgericht reformirte dahin, daß der Beweis sowohl hinsichtlich der vorgebrachten Dupliken, als hinsichtlich der nachträglich vorgeschützten Einreden nicht zu verwerfen sei, erkannte vielmehr in Bezug auf die erstere auf einen vom Kläger abzuleistenden Eid und nahm die letztere alsbald für erwiesen an. In den Entscheidungsgründen wurde Folgendes hierüber bemerkt:

„Der judex a quo hat in dem ertheilten Endbescheid den thatsächlichen Inhalt der Duplikschrift um deswillen unberücksichtigt gelassen, weil seiner Meinung nach die Dupliken und die nachgebrachte Einrede in dem zweitinstanzlichen Beweisinterlocute eine Erwähnung nicht gefunden und in dem stillschweigenden Übergehen derselben eine Verwerfung erblickt werden müßte.

„Da jedoch behufs der Zulässigkeit der nachgebrachten Einrede der Beklagte sich darauf berufen hat, daß er erst nach dem 25. März 1858 Kenntnis von den fraglichen Darlehnen erhalten habe, derselbe sich auch gleichzeitig zum juramentum novorum dieserhalb erboten hat, so konnte, da hierüber von dem erstinstanzlichen Richter eine Entscheidung nirgends vorlag, von dem Beklagten ein Rechtsmittel gegen den Bescheid vom Juni 1858 nicht eingewendet worden war, auch in dem zweitinstanzlichen Erkenntnis v. 21. September desselben Jahres über die Zulässigkeit dieser Einrede Entschließung nicht gefaßt werden. Da jedoch nun weiter in dem gedachten Erkenntnisse dem Beklagten ganz im Allgemeinen der Gegenbeweis nachgelassen, in dem zweitinstanzlichen Erkenntnisse aber, nachdem vorher bestimmt worden, daß die Klage für zugestanden zu erachten, dem Beklagten der Beweis seiner Einrede sub III b vorbehältlich des Gegners Gegenbeweis aufzuerlegen sei, ausgesprochen ist: „„Im übrigen hat es mit Verwerfung der Berufung bei dem angefochtenen Bescheide sein Bewenden,"" so konnte auch der Inhalt der Duplikschrift und die darin nachgebrachte Compensationseinrede als aberkannt keineswegs erachtet, vielmehr mußte namentlich die letztere, über welche das ꝛc.

Digitized by Google

Kreisgericht ein Erkenntnis nicht abgegeben hat, als zugelassen erachtet und deshalb auch von dem juramentum novorum, zu dessen Ableistung sich Beklagter erboten, abgesehen werden."

Hiergegen wendete der Kläger Oberappellation ein. Der Anwalt des Beklagten bekämpfte dieselbe, wies aber im Schlusse seiner Deduction darauf hin, daß nach seiner persönlichen Ansicht wohl in dem Unterbleiben des rechtlichen Gehörs auf die Duplikschrift eine Nichtigkeit liegen möge, daß aber, wenn diese Nichtigkeit von Amtswegen zu berücksichtigen wäre, dies doch nur die Folge haben könne, daß unter Cassation des bisherigen Verfahrens, auf Mittheilung der Duplikschrift ad triplicandum erkannt werden müsse.

Das Oberappellationsgericht stellte jedoch das Erkenntnis erster Instanz wieder her aus folgenden Gründen:

„Die Beschwerde des Klägers erscheint begründet. Bei Beurtheilung derselben ist davon auszugehen, daß der thatsächliche Inhalt der Duplikschrift durch die Beweisinterlocute rechtskräftig weder zugelassen, noch davon ausgeschlossen ist. In erster Instanz war generell auf Beweis der Klage mit Vorbehalt des Gegenbeweises erkannt; in zweiter Instanz wurde dies nur insofern abgeändert, als ein Beweis der Klage nicht für nöthig erachtet und auf Beweis der Bl. 26 vorgeschützten Einrede mit Vorbehalt des Gegenbeweises ebenfalls generell erkannt wurde. Nun hat aber das generelle Beweisinterlocut des sächsischen Processes bekanntlich, Heimbach, Proc. I. §. 99, gar nicht den Zweck, den Beweissatz festzustellen, indem diese Frage für das Enderkenntnis offen gelassen wird. Was in den Gründen eines solchen Beweisinterlocuts über das Beweisthema gesagt wird, soll nur dazu dienen, die Aufrechthaltung der Klage, Einrede u. s. w. zu rechtfertigen und allenfalls dem Beweisführer Andeutungen über die Richtung des Beweises zu geben; eine Rechtskraft des Beweisthemas wird dadurch so wenig als dadurch, daß etwas mit Stillschweigen übergangen ist, begründet. Ist aber diese Frage noch offen, so kann es keinen Zweifel leiden, daß die fraglichen Thatsachen jetzt keine Berücksichtigung finden können. Kläger ist hierüber im ersten Verfahren gar nicht gehört, vielmehr sofort nach Eingang der Duplikschrift Aktenschluß erfolgt und Bescheid ertheilt worden. So lange aber nicht ein ordnungsmäßiges Gehör Klägers über diese Thatsachen stattgefunden hat, kann ein Beweis derselben nicht zugelassen werden, überhaupt keine Berücksichtigung derselben stattfinden; auch läßt sich dieses Bedenken nicht dadurch beseitigen, daß man zu Gunsten Klägers eine negative Einlassung fingirt und von diesem Standpunkte aus in Beurtheilung dieser Thatsachen eingeht; denn hierdurch würde das Recht Klägers noch nicht genügend gewahrt erscheinen, indem ihm seine allenfallsigen Tripliken resp. Repliken gegen die neu vorgebrachte Einrede abgeschnitten sein würden. Daß aber der rechtskräftige Aktenschluß im ersten Verfahren jetzt nach geführtem Beweise noch dazu auf die Beschwerde Klägers nicht aufgehoben werden kann, wie Oberappellat meint, liegt am Tage.

„Bei dieser Lage der Sache bleibt nichts übrig, als diese Thatsachen mit dem Erkenntnisse erster Instanz gänzlich außer Berücksichtigung zu lassen."

Digitized by Google

II.

In dem vorstehend referirten Rechtsstreite hatte der Beklagte zum Beweise der Einrede unter III b sich auf eine von Christoph M. ihm, dem Wilhelm M., ausgestellte Quittung bezogen und den Christoph M. selbst als Zeugen benannt. Christoph M. erkannte die Quittung als von ihm ausgestellt an und bestätigte eidlich die vorgedachten Behauptungen.

Das Gericht erster Instanz erachtete demnach die Einredebehauptungen für erwiesen, sich auf folgende Gründe stützend:

„Der Zeuge, beiden Theilen gleich nahe verwandt, habe in dieser res domestica ausgesagt, er habe zwar einen Nachtheil vom Ausgange dieses Processes, wenn er etwa dasjenige, was Wilhelm M. für Jakob M., ihm, dem Zeugen, nach der qu. Urkunde gezahlt habe, wieder herauszuzahlen hätte, allein er müsse doch die qu. Quittung als echt anerkennen, und obwohl er nicht wisse, ob Kläger den Beklagten zur gedachten Zahlung an ihn beauftragt habe, so habe doch Beklagter allerdings ihm, dem Zeugen, bei der Zahlung erklärt, er zahle auf Rechnung des Klägers, resp. er, Zeuge, habe dieses als dadurch, daß Beklagter die mütterlichen Erbschaftsdocumente incl. derer, auf den Kläger als Schuldner lautenden, in den Händen gehabt hätte, für rechtlich geboten gehalten.

„Durch dieses Zeugnis, da es eben ein dem Zeugen nachtheiliges sei, habe man aber die Urkunde und deren Inhalt als auch wider und für die Streittheile als voll beweisend für die Thatsache der excipirten Zahlung auf Rechnung des Klägers durch Beklagten anzusehen."

Auf eingewandte Appellation reformirte das ꝛc. Appellationsgericht zu E. dahin, daß es dem Beklagten über obige Thatsachen den Erfüllungseid zuerkannte, aus folgenden Gründen:

„Der Beweisführer gibt in seinem Beweisantritt selbst zu, daß die von ihm als Beweismittel inducirte, Bl. 82 Vol. I der Akten im Originale vorliegende Urkunde beweiskräftig nicht sei, vielmehr nur dazu dienen solle, das Gedächtnis des benannten Zeugen aufzufrischen.

„Die Urkunde beweise aber auch mehr nicht, als daß der Bekl. 356 Thlr. etliche Groschen als ein Viertel von einem zum mütterlichen Nachlaß gehörigen Capital an Christoph M., den Zeugen, bezahlt habe, sie enthält aber zum Beweis gerade des wichtigsten Moments, daß der Aussteller der Urkunde von dem Kläger diese Summe zu fordern gehabt habe und daß diese Summe von dem Beklagten für Rechnung des Klägers bezahlt worden sei, gar nichts.

„Dieser Mangel der einmal an sich nicht beweiskräftigen Urkunde kann aber durch die Aussage des Zeugen in keiner Weise ersetzt werden, am allerwenigsten aber in der Maße, daß man durch die Aussage eines, wenn auch völlig unverdächtigen Zeugen, in Verbindung mit jener Urkunde den Beweis der Einrede als erbracht anzusehen, berechtigt war.

„Es war mithin so wie geschehen, in Berücksichtigung, daß dem Beklagten über den Inhalt seiner Einrede, soweit ihm solche geleugnet, ein Eid de veritate auferlegt werden konnte, während Kläger nur de credulitate zu schwören vermochte, zum mindesten auf einen Erfüllungseid zu erkennen.

Digitized by Google

— Auf die Oberberufung des Beklagten stellte jedoch das ꝛc. Oberappellationsgericht den erstinstanzlichen Bescheid wieder her und bemerkte in den Gründen Folgendes:

„Beklagter hatte zu beweisen, daß er eine Schuld Klägers an ihren gemeinschaftlichen Bruder Christoph M. im Betrage von 356 Thlrn. 7 Sgr. 6 Pf., welche Schuld aus der mütterlichen Nachlassenschaft herrührte und vom Kläger nicht geleugnet wird, für Klägers Rechnung an Christoph M. abbezahlt habe. Beklagter hat diesen Beweis durch eine Quittung Christoph M.s (Document I) und durch dessen Zeugenaussage geführt. In dieser Quittung, welche Christoph M. bei seiner eidlichen Vernehmung anerkannt hat, sowie bei dieser Vernehmung selbst erklärt er, daß er die fragliche Summe als vierten Theil der mütterlichen Nachlaßkapitalien vom Beklagten erhalten habe, daß Beklagter die Nachlaßurkunde in Händen gehabt, daß unter diesen Handschriften Klägers sich befunden, worin derselbe als Schuldner der Erblasserin bezeichnet gewesen, und daß eben deshalb Beklagter ihm bei der Zahlung erklärt, daß er die Zahlung auf Rechnung Klägers bewirke. Da bei der vollkommenen Übereinstimmung dieser Aussage mit dem Inhalte des Einredevortrags an der Identität der fraglichen Schuld nicht zu zweifeln ist, so wird das Beweisthema durch diese Deposition erschöpft, und auch die Frage, ob hierdurch voller Beweis hergestellt werde, ist in Übereinstimmung mit dem Richter erster Instanz unbedenklich zu bejahen gewesen. Denn indem Christoph M. erklärt, daß die Forderung, die er an seinen Bruder gehabt, durch Beklagten gezahlt worden sei, gesteht er eine Thatsache ein, die gegen ihn wirken soll, und auf welche der Schuldner zum Beweise seiner Befreiung von der Schuld sich berufen kann, er trifft eine Disposition über sein Vermögen, und da dieser Akt, auf welchen die Grundsätze von Gegenbeweis keine Anwendung finden können, in der gerichtlichen Vernehmung und anerkannten Quittung als bewiesen vorliegt, so kann die Vollständigkeit des Beweises nicht bezweifelt werden. Schmidt, Handb. des Civilproc. §. 135 S. 247 Not. 22 u. §. 143 S. 272."

Literarische Umschau.

Dr. Schwarze, General-Staatsanwalt in Dresden, das deutsche Schwurgericht und dessen Reform. Erlangen 1865 bei Ferdinand Enke.

Vom Herrn Kreisgerichtsrath Dr. Bollert in Arnstadt.

Die Frage von der Umgestaltung der Jury ist in neuester Zeit wieder lebhaft discutirt worden*). Erst im vorigen Jahre sind drei Schrif-

*) Nach einer Notiz in den Grenzboten Jahrg. XXIV S. 15 ist auch für das Königreich Preußen der Entwurf einer neuen Strafproceßordnung gefertigt und zur Begutachtung vorgelegt worden, welcher auch die Reform der Schwurgerichte mit betrifft und ein für die östlichen und westlichen Provinzen Preußens gleiches Strafproceßrecht schaffen soll. D. H.

Digitized by Google

ten erschienen: „Über das Schwurgericht von Hye-Glunek", „Geschworenengericht oder Schöffengericht von Schwarze" und „zur Juryfrage von Glaser", welche theils wegen ihres Inhalts, theils wegen der hohen Stellung und des Ansehens ihrer Verfasser von ungewöhnlicher Bedeutung sind. Hye-Glunek und Schwarze erklären sich gegen das Schwurgericht, wie es in Deutschland besteht und empfehlen statt dessen einen aus rechtsgelehrten Richtern und Laien combinirten Gerichtshof, der ungetrennt über das Ganze jedes Straffalles urtheilen soll. Glaser hingegen tritt im Wesentlichen als Vertheidiger der französisch-deutschen Jury auf. Zu dem alten, noch keineswegs zum Abschluß gebrachten Streite, ob rechtsgelehrte Richter oder Geschworene den Vorzug verdienen, ist somit durch den geistvollen Vorschlag der Combination des juristischen und des nichtjuristischen Elementes ein neues Moment gekommen, welches entweder die Gegner versöhnen oder eine dritte Partei ins Leben rufen wird.

Aber auch unter den Anhängern der jetzigen Schwurgerichtsverfassung sind große Gegensätze hervorgetreten, einig sind alle Männer der Wissenschaft, welche den Criminalproceß zum Gegenstand ihres Studiums gemacht und darüber geschrieben haben, nur in dem einen Cardinalpunkte, daß es nicht bleiben kann wie bisher, daß eine Reform absolut nothwendig ist. Über die Art und die Ausdehnung der Reform wird gestritten, und es möchte nicht ohne Interesse für viele Leser sein, wenn ich eine summarische Übersicht der wichtigsten Reformvorschläge gebe.

Man hat wiederholt angerathen, zu dem Vorbilde der französischen Jury, nemlich zu den Einrichtungen der englischen Jury sich zurückzuwenden und aus ihnen das Heilmittel für die Gebrechen der deutschen Schwurgerichtsverfassung zu holen.

Von anderer Seite ist jedoch geltend gemacht worden, es sei dies unmöglich, weil die Einrichtungen Englands in ihrer Totalität weder übertragbar, noch nachahmungswerth seien, und weil mit der englischen Juryverfassung gleichzeitig das englische Strafrecht adoptirt werden müsse. Ich räume beides ein: die Juryverfassung in ihrer Totalität können wir nicht von England nach Deutschland verpflanzen, denn eine mit den Sitten, den Ansichten, dem Volksbewußtsein Englands innig verwachsene Einrichtung läßt sich nicht nach Deutschland versetzen und mit den deutschen Sitten und Ansichten, mit dem deutschen Volksbewußtsein und Rechtsorganismus in Verbindung bringen. „C'est un grand hazard, si les lois d'une nation peuvent convenir à une autre", sagt Montesquieu. Die französische Jury hätten wir auch nicht adoptiren können, wenn sie ein innerer Theil des französischen

Digitized by Google

Rechtsorganismus gewesen wäre, es ging eben nur, weil sie ein für Frankreich nothdürftig zurechtgeschnittenes, äußerlich übergeworfenes Gewand war.

Das englische Strafrecht mit dem unsrigen zu vertauschen, wird kein Sachverständiger rathen, da es nichts weiter ist als „ein tropfsteinartiges Conglomerat von Rechtsfällen", kein wissenschaftlich durchgebildetes Recht.

Eine andere Sache aber ist die Übertragung des englischen Systems im Ganzen und die analoge Anwendung gewisser Fundamentalsätze. Ich sollte denken, daß die englische Form des Anklageprocesses, vor allem die Stellung der Parteien im Processe, ferner das Verhältniß des Richters zu der Jury, die Specialisirung der Anklage und deren Beschränkung auf ein bestimmtes Verbrechen auch jetzt noch bei uns eingeführt werden könnten. Wir würden uns damit dem altdeutschen Proceß wieder mehr nähern und, wie ich glaube, würde die Gerechtigkeit dabei gewinnen.

An einem andern Orte [1]) habe ich nach Anleitung einer kürzlich erschienenen Broschüre [2]) den englischen und den französisch-deutschen Strafproceß verglichen, ich begnüge mich daher, hier nur die charakteristischen Hauptmomente der brittischen Jury (also nicht des ganzen Processes) aufzuzählen. Diese sind [3]): 1) Auswahl der Geschworenen durch den Sheriff; 2) Entscheidung der Geschworenen nach Beweisregeln: 3) Rechtsbelehrung des vorsitzenden rechtsgelehrten Richters und maßgebende Autorität derselben für die Geschworenen; 4) ungefesselte Berathung der Geschworenen über den concreten Fall, da sie ohne an sie gerichtete Fragstellung über die Anklageacte entscheiden; 5) Freiheit der Geschworenen, ihr Schuldig auch auf ein geringeres Verbrechen, als in der Anklageacte enthalten ist, zu beschränken, diese ganz oder theilweise zu bejahen oder zu verneinen, ihrem Verdicte Zusätze beizufügen und ein sogenanntes Special-Verdict zu fällen.

Es würde zu weit führen, wollte ich darlegen, daß wir in unsere Jury die Sätze unter 3. 4 und 5 recht wohl aufnehmen könnten. Falls man sich nicht entschließt, die noch durchgreifendere, das Übel an der Wurzel fassende Reform von Schwarze, die später zu erwähnen ist, eintreten zu lassen, wird es nach meinem Dafürhalten mit jedem Jahre

1) Vgl. der Eisenbahnmord in London (der Proceß wider Franz Müller aus Langendembach wegen Mordes) im 36. Theile des Pitaval S. 36 fl.

2) Paralellen zwischen der englischen Jury und dem französisch-deutschen Geschworenengericht, von Heinze, früher Staatsanwalt in Dresden, jetzt Professor in Leipzig.

3) Vgl. Hye-Glunek über das Schwurgericht.

Digitized by Google

nothwendiger werden, zwischen den Richtern und den Geschworenen ein inneres Band herzustellen, den letzteren freieren Spielraum zu gewähren, sie von den starren Formen der ebenso schwerfälligen als spröden gesetzlichen Fragstellung zu entbinden und sie zu Zusätzen und Specialverdicten zu ermächtigen.

Andere suchen die Reform der Jury durch eine Verstärkung des juristischen Einflusses zu erreichen.

Hilgard[4]) wünscht, daß die Richter und die Geschworenen in getrennten Collegien über die Schuldfrage berathen und beschließen. Verurtheilung soll nur eintreten, wenn beide Collegien für das Schuldig stimmen. Biener[5]), Götze[6]) und Heinze[7]) haben proponirt, der Jury einen juristischen Beirath zu geben, bezüglich die Leitung ihrer Berathungen dem Präsidenten, oder einem andern Richter zu übertragen.

Dernburg[8]), Walther[9]) und Heinze[10]) wollen die Geschworenen, resp. den ihre Berathung nach Heinze's Vorschlag leitenden Richter zur Abgabe von Entscheidungsgründen anhalten, Walther vorzugsweise bei verneinenden Verdicten, damit im Falle ungesetzlicher Gründe eine Remedur eintreten könne. Wahlberg[11]) erblickt in der Fragstellung den Mittelpunkt aller Gebrechen der Jury, er fordert, man solle die Fragstellung als ein eigenes Proceßstadium behandeln, den Parteien und den Geschworenen eine Mitwirkung dabei einräumen und der definitiven Fragstellung eine Berathung der Geschworenen und eine Verständigung mit dem fragenden Collegium vorangehen lassen.

Bar will in seinem jüngst erschienenen Buch: „Recht und Beweis im Geschworenengericht" das Richtercollegium bei allen verurtheilenden Verdicten zur Revisionsinstanz über die Jury erheben. Seine Vorschläge haben Ähnlichkeit mit denen Hilgards.

Sehr beachtenswerth sind die neuen originellen Gedanken, die Heinze[12]) in seinen Betrachtungen über die Aufgabe und Vorschläge zur Einrichtung eines deutschen Geschworenengerichts entwickelt. Er verwirft das rein mechanische französische Princip, wonach nur die Ver-

4) Archiv für Criminalrecht von 1855 S. 216—260 u. 340—367.

5) Biener, Abhandlungen Heft II S. 113.

6) Götze, über die preußischen Schwurgerichte und deren Reform S. 56. 58 flg.

7) Heinze in dem 2. Heft der deutschen Vierteljahrsschrift von 1862 S. 97 flg.

8) Dernburg, über das Schwurgericht S. 112 flg.

9) Walther, im Archiv für Criminalrecht von 1857 S. 238—256.

10) Heinze a. a. O. S. 107 flg.

11) Wahlberg in der österreichischen Vierteljahrsschrift von Haimerl XIV. Bd. Heft 2 S. 64 flg.

12) Heinze in der deutschen Vierteljahrsschrift von 1862 Heft 2 S. 1 flg.

Digitized by Google

brechen im engern Sinne vor das Schwurgericht kommen und will den Geschworenen die Fälle zuweisen, welche vermöge ihrer Schwere und vermöge des Eindrucks besonders empörender Rechtsverletzung eine ungewöhnlich kräftige und eingreifende Reaction, namentlich auch vor den Augen der Umgebung nothwendig machen, ferner alle die Vergehen, in Betreff deren „die stark generalisirte, meistens erst durch unsichere Quellen vermittelte, oft einseitig gefärbte Lebens- und Menschenkenntniß rechtsgelechter Richter voraussichtlich nicht ausreicht." Nach Heinze soll ferner die Geschworenenbank nicht immer mit 12 durch das Loos gewählten Personen, sondern nach Gruppen besetzt werden und zwar soll sie so viele Gruppen enthalten, als selbständige, abgrenzbare Lebens- und Erfahrungsgebiete gekannt sein wollen, um im einzelnen Falle die Beherrschung des Stoffs zu ermöglichen. Hiernach kann die Zahl der Geschworenen je nach Verschiedenheit der Anklagen bald mehr, bald weniger als 12 betragen. Außerdem hält Heinze, wie schon bemerkt wurde, die Kräftigung des juristischen Elementes für nöthig und will der Jury einen Richter zur Leitung ihrer Berathung und Motivirung ihrer Entscheidungen an die Seite stellen.

Endlich ist auch in diesen Blättern [13]) von einem Ungenannten eine Abänderung des jetzigen Wahlmodus und resp. ein neues Gesetz über die Wahl der Geschworenen empfohlen worden.

Ich kann mich auf eine Kritik der einzelnen Reformvorschläge hier nicht einlassen, weil dazu der mir zugemessene Raum nicht ausreicht, ich muß indeß so viel bemerken, daß nach meinem Dafürhalten Einzelnes, z. B. die Besetzung der Geschwornenbank nach Gruppen und die Feststellung der Competenz nach einem nicht formellen, das Wesen der Sache berücksichtigenden Princip der eingehendsten Prüfung werth ist, während anderes, z. B. die Leitung der Jury-Berathung durch einen dann vermuthlich sehr häufig maßgebenden Richter gewiß nicht annehmbar erscheinen dürfte.

Was die Änderung unseres Wahlgesetzes anlangt, so werden die in diesen Blättern mitgetheilten Vorschläge wohl geeignet sein, einem speciell bei uns hervorgetretenen Mangel in Betreff der Zusammensetzung unserer Geschworenenbänke abzuhelfen und in dieser Richtung kann man wohl kaum gegründete Einwendungen dagegen erheben. Allein eine wirkliche Heilung darf man sich von der Änderung des Wahlgesetzes nicht versprechen. Die sorgsamste Wahl der Geschworenen wird uns nicht vor unrichtigen Verdicten schützen; natürlich werden die Wahrsprüche desto gerechter sein, je fähiger und gewissenhafter die Geschwore-

13) Heft 3 dieses Bandes S. 129 flg.

Digitized by Google

nen sind, aber auch die fähigste und gewissenhafteste Jury wird ihre Aufgabe nicht lösen können, weil der Fehler im System liegt, aber nicht in der Besetzung der Geschworenenbank. Der Grundfehler liegt in der Fragstellung[14]), er liegt darin, daß man die organisch einheitliche Thätigkeit des Richters künstlich gespalten hat, die Geschworenen nicht den Fall selbst, sondern einzelne ihnen vom Gericht vorgelegte Fragen entscheiden läßt, daß also die Geschworenen nicht ein einfaches Urtheil über das Resultat thatsächlicher Erörterungen und Beweiserhebungen zu fällen, sondern dieses Urtheil in dem Schema der ihnen vorgelegten Fragen auszudrücken haben. Wer die einschlagende Literatur kennt und die lange Reihe von Schriften und Mittheilungen aus der Praxis in Goltdammers Archiv für preußisches Strafrecht, im Gerichtssaal, in Schletters Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft[15]) einigermaßen verfolgt hat, der kann sich, sollten wir denken, der Einsicht kaum verschließen, daß der Grund so überaus zahlreicher

---

14) Die angesehensten Criminalisten haben dies erkannt und unwiderleglich dargethan, so Mittermaier, Gesetzgebung und Rechtsübung S. 546 fl., der das englische System der Fragstellung statt des französischen empfiehlt, Tippelskirch, der in Goltdammers Archiv Bd. IV S. 11 sagt: „Das französische System ist ein mechanisches Frag- und Antwortspiel, durch dessen Einführung wir in ein nimmer auszuschöpfendes Meer von juristischen Bedenken und Wortstreitigkeiten gerathen sind, welches der Auffindung des materiellen Rechts nichts weniger als günstig ist."

Goltdammer bemerkt im Archiv für preußisches Strafrecht, „daß die Lehre von der Fragstellung unter allen Umständen den Kern der ganzen Frage über das Institut der Geschworenen bilde." Bd. III S. 181.

Schwarze hat im Rechtslexikon Bd. X S. 1 flg. und in Schletters Jahrbüchern Bd. IV S. 42. 49 einen Überblick über die Controversen gegeben, welche aus der Jurwerfassung entsprungen sind und erklärt: „In der Trennung der That- und Rechtsfrage liegt der Schwerpunkt der Frage über die Jury und in der Festhaltung dieser Trennuug die Unmöglichkeit einer gedeihlichen Entwicklung dieses Instituts. Mit dieser Trennung wird es stets kränkeln und an ihr sich verzehren. Diese Trennung aber ist bei uns eine Nothwendigkeit, weil unser Recht und der Standpunkt seiner Ausbildung eine Überweisung von Rechtsfragen an ein Laiengericht nicht verträgt."

Ein Franzose, Bérenger, drückt sich darüber so aus: „de plus souvent ces questions sont tellement insidieuses, que le jury n'en apercoit le but, y repond sans méfiance et alors les juges par leur manière de ces interpréter deviennent maîtres du sort de l'accuré."

15) Vgl. die daselbst Bd. I S. 54. 271 flg. Bd. II S. 165. 223. 394. Bd. III S. 50 flg. 130. 241. Bd. IV S. 36. 152 flg. 246 flg. Bd V S. 184—190. Bd. VI S. 227—230. Bd. VII S. 51—53. S. 265. Bd. VIII S. 148. 149. Bd. IX S. 133. Bd. X S. 77. 139. 140. 246. Bd. XI S. 66 angeführten Aufsätze, Fälle, Schriften und Reformvorschläge.

Digitized by Google

falscher Verdicte und starker Fehlgriffe[16]) der Jury, und so vieler sich widersprechender Cassationserkenntnisse nicht in mehr oder minder äußeren Dingen wie Competenzbestimmungen, Besetzung der Geschworenenbänke u. dergl. liegt, sondern in den Fundamenten der Einrichtung selbst zu suchen ist.

Das im Rubrum angeführte Buch von Schwarze geht in die Tiefe des Schadens ein und weist nach, daß die Basis der bei uns adoptirten französischen Jury eine falsche ist. Diese Basis ist die in der Fragstellung zum Princip erhobene Theilung der Strafgewalt und der Arbeit. Die Richter instruiren und leiten die Verhandlung, sie müssen sich in die Seele der Jury hineindenken und ihr die auf den Fall bezüglichen Fragen vorlegen, die Jury antwortet und dann haben wieder die Richter das Gesetz auf den Spruch der Geschworenen anzuwenden.

Die englischen Geschworenen entscheiden die That- und die Rechtsfrage, aber in Unterordnung unter den Richter, der ihnen das Recht des Landes weist. Richter und Geschworene sind dort nicht künstlich gesondert thätig, und das Verdict ist nicht ein Theil des Erkenntnisses, sondern ein Beweismittel, welches für den Richter formelles Recht schafft. In Frankreich und Deutschland dagegen sind es zwei getrennte Collegien, die Richter- und die Geschworenenbank, welche die Arbeit theilen und mit sehr flüssigen Competenzgrenzen einander bald coordinirt, bald subordinirt (so daß die Richter eine Art unvollkommener Revisionsinstanz bilden) gegenüberstehen. In Frankreich verstand man bei der Einführung der Jury die Sache so, daß die Richter als Vertreter der Regierung, die Geschworenen als Vertreter des Volkes gelten sollten. Man wendete eben die Lehre von der Theilung der Gewalten auf die Strafjustiz an und daher die Spaltung in That- und Rechtsfrage, für deren Lösung zwei in ihren Funktionen getrennte Organe geschaffen wurden. Man bedachte nicht, daß die Scheidung der Thatfrage von der Rechtsfrage ebenso gewiß unmöglich ist, als die Auflösung aller Rechtsbegriffe in die faktischen Momente des Einzelfalls, die man in Frankreich versuchte, aber nicht ausführen konnte.

Jetzt ist man darüber wohl allgemein einverstanden, daß die Geschworenen nicht bloß die Frage, ob gewisse Thatsachen bewiesen sind (die Thatfrage im eigentlichen Sinne), sondern die Frage nach der Schuld des Angeklagten beantworten sollen, indeß ist in Praxi und in den Entscheidungen der Gerichtshöfe ein wahres Chaos in sofern vorhanden, als es absolut gar keine Norm dafür gibt, welche Rechtsbe-

16) Tippelskirch zählt in Goltdammers Archiv Bd. X S. 590 flg. 40 solcher Fehlgriffe auf!

Digitized by Google

griffe in den Fragen umschrieben, welche Merkmale des Thatbestandes aufgenommen, welche Ausdrücke des Gesetzes in den Fragen gebraucht und nicht gebraucht werden sollen.

Der Verfasser unseres Buches weist in der ersten Abtheilung unter Bezugnahme auf alle hier einschlagenden Schriften von einiger Bedeutung und unter Anführung von einer außerordentlich großen Menge schlagender Beispiele nach, „daß die Theilung der Arbeit zwischen den Richtern und Geschworenen in Frankreich und in Deutschland zusammengehörige Glieder auseinanderreißt und, indem sie den Organismus durchschneidet, dem Ganzen das Leben nimmt, ohne dem einzelnen Theile selbständige Lebensfähigkeit zu sichern."

Die zweite Abtheilung beschäftigt sich in drei Capiteln mit der Reform des Schwurgerichts. Das erste Capitel handelt von der Berechtigung des bürgerlichen Elementes zur Mitwirkung bei der Strafrechtspflege. Schwarze fordert diese Mitwirkung bei der Entscheidung der Thatfrage und der Rechtsfrage. Die beiden Hauptgründe, die er ins Feld führt, sind folgende: die Mitwirkung des Volkes bei Ausübung der Staatsgewalt gehört zu den Postulaten der Zeit und wird deshalb auch bei der Rechtspflege verlangt. Wir stehen gegenwärtig in einer neuen Entwickelungsperiode unseres Rechts, deren Ziel die Ausgleichung des Volks- und des Juristenrechtes und eine volksthümliche Gesetzgebung ist. Eine vereinte Wirksamkeit des juristischen und des bürgerlichen Rechtes ist deshalb eine Nothwendigkeit geworden. Das französische deutsche Schwurgericht entspricht den Anforderungen an eine gute Rechtspflege nicht, weil das berechtigte Moment darin, die Mitwirkung des bürgerlichen Elementes, auf eine politische Theorie gestützt ist und sich folglich nicht in einer den Interessen des Rechts entsprechenden Maße herausbilden kann — die Institution trägt überall den Stempel ihres Ursprungs an sich, den Stempel der Gewaltentheilung und der Opposition gegen die vom Staate berufenen Richter, man muß also auf eine andere Form der beiden zur Pflegung des Rechts nothwendigen Elemente denken.

Das zweite Capitel bespricht die verschiedenen Reformvorschläge, das dritte enthält den eigenen Vorschlag des Autors, der dahin geht: „Ein aus Staatsrichtern und Geschworenen (Schöffen) zusammengesetztes Collegium entscheidet auf Grund gemeinsamer Berathung und Beschlußfassung über die gesammte Schuldfrage. Das numerische Übergewicht gebührt den Geschworenen. Dieselben werden ebenso wie jetzt die Geschworenen gewählt und einberufen, jedoch dergestalt, daß sie ihre Funktion jedes Mal in ununterbrochener Aufeinanderfolge für eine Mehrzahl von Sachen verwalten. Die Proceßleitung, sowie späterhin

Digitized by Google

die Strafabmessung erfolgt lediglich durch die Richter; die Schuldfrage selbst wird durch die Majorität der sämmtlichen Mitglieder (Richter und Geschworene) entschieden, jedoch so, daß ⅔ Majorität für jede dem Angeklagten ungünstige Einzel-Entscheidung erforderlich ist. Es findet gegen die Schöffen ein Recusationsrecht statt. Der Entscheidung werden Gründe beigegeben."

Der Schwerpunkt dieses Vorschlags, für dessen Princip sich schon früher gewichtige Stimmen [17]) erhoben haben, liegt in der Beseitigung der gegenwärtigen Fragstellung und in dem wahren Zusammenwirken des juristischen und des bürgerlichen Elementes bei Entscheidung der Schuldfrage.

Die rechtsgelehrten Richter und die Geschworenen werden dadurch aus der widernatürlichen Situation befreit, in welche sie durch die Arbeitstheilung gedrängt worden sind, jenen wie diesen wird der Fall in seiner Totalität und daher auch in seiner unverletzten Individualität überwiesen. Das Zusammenwirken der Richter und der Geschworenen, welches jetzt nur ein scheinbares, äußerliches ist, wird durch diesen Vorschlag ein reales, inneres. Wir gewinnen damit endlich eine Lösung des unerträglichen Widerspruchs, daß nach einem rein mechanischen Schematismus bald Geschworene, bald rechtsgelehrte Richter über die Schuld urtheilen, und wir bekommen ein consequentes System: das bürgerliche Element wirkt bei allen Straffällen mit, was doch offenbar verlangt werden muß, wenn überhaupt die Mitwirkung dieses Elements als ein Gebot der Gerechtigkeit betrachtet wird. Es werden die Vorzüge der Entscheidung durch ständige Richter mit denen der Entscheidung durch Geschworene verbunden und für die sich gegenüberstehenden Parteien, die Widersacher und die Anhänger der Jury, scheint die Möglichkeit einer Versöhnung gegeben zu sein.

Ich selbst habe mich früher gegen die Jury ausgesprochen und ich bin noch jetzt davon überzeugt, daß das französisch-deutsche Schwurgericht auf die Dauer bei uns nicht bestehen wird, daß vielmehr unser

17) Schon der berühmte Sieyes forderte in der französischen Nationalversammlung eine aus rechtsgelehrten Richtern und aus höher gebildeten Bürgern zusammengesetzte Jury. Maurer befürwortet in seiner Schrift „die Freipflege" die Aburtheilung durch Schöffen. Hofgerichtspräsident Stößer hat 1848 in Baden ein gemischtes aus ständigen, vom Staate und aus nichtständigen, vom Volke gewählten Richtern bestehendes Gericht empfohlen. Ein ähnlicher Vorschlag wurde in der zweiten preußischen Kammer im Jahre 1852 gemacht. Präsident Götze in seiner Schrift: die Schwurgerichte in Preußen, Poland in der Broschüre: rechtsgelehrte Richter oder Geschworene und Hye-Glunek in seinen sieben Vorträgen über das Schwurgericht sprechen sich ebenfalls dafür aus, daß die Richter und die Geschworenen in einem einzigen Collegium combinirt den Fall entscheiden sollen.

Digitized by Google

Criminalproceß auf ein anderes Fundament — ich denke dabei an die Formen des englischen Anklageprocesses und an eine harmonische Verbindung der das Recht findenden Organe — gestellt werden muß; allein ich stehe nicht an, hiermit zu erklären, daß mich die wuchtigen Gründe der Schriften von Hye-Glunek und Schwarze davon überzeugt haben, daß eine Mitwirkung des bürgerlichen Elementes bei der gesammten Strafrechtspflege, also nicht bloß bei den Verbrechen im engern Sinne nothwendig und heilsam ist.

Dies ist der gesunde Grundgedanke, der sich in der französischen Jury in einer falschen Form entwickelt hat, und dem Buche von Schwarze gebührt das Verdienst, die Unhaltbarkeit des französisch-deutschen Schwurgerichts einerseits, aber auch die Mitwirkung des bürgerlichen Elementes als unerläßliche Bedingung einer guten Strafrechtspflege mit den schlagendsten Gründen nachgewiesen, seinen Vorschlag gegen die dawider erhobenen, hauptsächlich aus einer angeblichen Beeinflussung und Bedrückung des bürgerlichen Elementes durch das juristische hervorgegangenen Bedenken siegreich vertheidigt und den Weg gezeigt zu haben, auf welchem die beiden Organe, Richter und Geschworene, in Wahrheit und innerlich zu einem einheitlichen Wirken vereinigt werden können.

Ich gebe mich der Hoffnung hin, daß in dem Schöffengericht ein Auskunftsmittel gefunden ist, um, wenn auch erst nach Jahrzehnten, den deutschen Criminalproceß zu einer wahrhaft volksthümlichen Institution zu machen, die sich in den übrigen Organismus unseres Staates einfügt, ebenso wohl als ein passendes und durch ihn getragenes, als auch ihn selbst wieder mit stützendes und ergänzendes Stück.

Wem es Ernst ist um die Fortbildung eines so wichtigen Zweiges der Staatsverwaltung wie das Strafrecht, wer insbesondere jemals berufen wird, bei der Abänderung oder Umgestaltung unserer Strafproceßordnung mitthätig zu sein, der wird das Studium dieses Buches nicht entbehren können und darin neue Gesichtspunkte, scharfsinnige Entwicklungen — kurz sehr viel Lehrreiches für seine Aufgabe finden.

Digitized by Google

Der Justinianeische Libellproceß. — Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik des ordentlichen Civilprocesses wie zur Beurtheilung der gegenwärtigen Reformbestrebungen, von Dr. Karl Wieding, ordentlicher Professor der Rechte an der Universität Greifswald. Wien, 1865. Wilhelm Braumüller. XX. 767.

Vom Herausgeber.

In einigem Zusammenhang mit dem vorerwähnten Werk steht das Erscheinen einer anderen Druckschrift unter dem Titel: Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung. Nach den von der deutschen Civilproceß-Commission*) zu Hannover bei der ersten Lesung gefaßten Beschlüssen. Mit Genehmigung der Commission herausgegeben von den Secretären derselben G. R. Petersen und J. Struckmann, Obergerichtsassessoren. Hannover 1864. Helwingsche Hofbuchhandlung; in sofern als — wie in dem Vorwort zu dem ersterwähnten Werk bemerkt wird — dasselbe der erste Theil einer Geschichte des heutigen ordentlichen Processes sein soll, dem ein zweiter, zur Darstellung des römischen Processes seit dem Mittelalter bestimmt, nachfolgen werde. Erst in dem letzteren beabsichtigte der Verfasser, auf die Kritik des gemeinen Processes und der heutigen Reformbestrebungen einzugehen. Beim Beginn des Drucks habe ihm — wie er weiter bemerkt — nur der allgemeine Theil des vorerwähnten Entwurfs vorgelegen, und er habe gehofft, den zweiten Theil seiner Arbeit vollenden zu können, ehe das Ganze des Entwurfs zu Stande gekommen sein werde. Seitdem habe nun die Commission ihre Arbeiten erheblich beschleunigt, und während der Dauer des Drucks sei bereits dasjenige Stück des Entwurfs in die Öffentlichkeit gelangt, welches den ordentlichen Proceß enthalte. Hätte er eine Kritik des letzteren bis zur Vollendung des zweiten Theils seiner Arbeit aufschieben wollen, so würde er mit derselben zu spät gekommen sein. Hätte er aber diese Kritik schon jetzt vornehmen wollen, so hätte er, weil der Entwurf, abgesehen von der Mündlichkeit des Verfahrens, im übrigen auf eine

*) An dieser Commission hat von Seiten der thüringischen Staaten das Herzogthum Meiningen durch den Staatsrath und Appellationsgerichtspräsident Liebmann aus Hildburghausen Theil genommen.

Das Meiningsche Proceßgesetz vom 16. Juli 1862, dessen wesentlicher Inhalt S. 278 ff. Bd. X d. Bl. bereits mitgetheilt worden, beruht auf denselben Grundprincipien, welche der vorerwähnte Entwurf enthält.

Digitized by Google

Codification des gemeinen ordentlichen Processes hinauskomme, wenigstens die allgemeinen historischen Verhältnisse der Umbildung des römischen zum gemeinrechtlichen ordentlichen Proceßgange darlegen müssen. Hiermit würde er aber die ursprünglich dem ersten Theil gesteckte, auf die Entwicklung des Verfahrens der Justinianeischen Zeit beschränkte Grenze überschritten haben; deshalb wäre er denn auch veranlaßt worden, die Bezeichnung als erster Theil einer Geschichte des ordentlichen Processes mit der oben angegebenen eines „Beitrags" ꝛc. zu vertauschen. Der §. 40 des vorliegenden ersten Theils enthält wenigstens im Allgemeinen eine Kritik des Hannoverschen Entwurfs, über welche weiter unten Einiges zu bemerken ist.

Nach einer in den §§. 1—3 gegebenen Einleitung behandelt der erste Theil den Justinianeischen Libellproceß durch Darstellung des Ladungsverfahrens, des Verfahrens in jure und in judicio im Ordinarproceß, ferner des Verfahrens vor dem Magistrat in Extraordinarsachen und die Verwandlung der judicia ordinaria in extraordinaria; es folgt sodann die Entwicklung des römischen Processes klassischer Zeit zum Justinianeischen Libellproceß durch Abschaffung der judicis datio, durch Abschaffung der Formeln, der impetratio und denegatio actionum, durch Verlegung der litiscontestatio auf den bisherigen Anfang des judicii etc. Die Schilderung des Ladungsverfahrens umfaßt die denuntiatio und deren Reform durch Constantin, die Arten derselben und das Denuntiiren per libellos. Hieran schließt sich die Beschränkung des ordentlichen Verfahrens Justinianeischer Zeit 1) gegen den sofort gehorsamen Beklagten; 2) gegen den nur theilweise oder gänzlich ungehorsamen Beklagten; ferner das Verfahren in privilegirten Sachen der conventio sine scriptis und des Rescript-Processes. Der §. 37 beschreibt die allgemeinen Verhältnisse des Justinianeischen Verfahrens hinsichtlich der Schriftlichkeit und Mündlichkeit, der Stoffvertheilung und des Verhandlungsprincips. Im §. 38 wird der Zusammenhang des mittelalterigen und heutigen gemeinen Processes mit dem römischen erörtert, insbesondere der Proceßgang des Brachylogus besprochen. Der §. 39 enthält Zeugnisse für den Anschluß der italienischen Doctrin an den Brachylogus und die Fortbildung des italienischen Processes durch die Reichsgesetze. Der §. 40 schließt mit der schon erwähnten Kritik des oben angeführten Entwurfs einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung. Das dem Werk beigefügte Quellenregister weist nach, welche justinianeische Quellen aus dem Corp. jur. und welche vorjustinianeische Quellen aus dem Cod. Theod. etc. bei den einzelnen §§. benutzt worden sind und wo dies geschehen ist; es ist ferner an den einschlägigen Stellen die Darstellung angereiht an die hierüber schon vorhandene Li-

Digitized by Google

teratur, insbesondere an die bekannten Werke von Heffter, Bethmann-Hollweg, Keller, Rudorf, Hartmann, Asverus, Zimmern, Kierulff ꝛc.

Auf den ersten Anblick könnte es den Anschein gewinnen, daß das vorliegende Werk mit Ausschluß des §. 40 einen rein theoretischen Gegenstand der Rechtsgeschichte behandle, allein dies ist nicht der Fall, wie sich Ref. bei genauer Durchsicht desselben überzeugt hat. Denn da, wie bekannt, das römisch-justinianeische Recht eine Hauptquelle des gemeinen Proceßrechts bildet, so ist zum Verständnis der einzelnen einschlägigen Stellen des corp. jur. die genaue Bekanntschaft mit dem Proceßverfahren, wie es zur Zeit Justinians bestand, unerläßlich, weil die Verfasser des corp. jur. bei ihrer Compilation dieses Proceßverfahren im Auge gehabt, hiernach ihre Auswahl getroffen und in einzelnen Fällen selbst die betreffenden Stellen der von ihnen benutzten Quellen hiernach abgeändert haben theils durch Weglassen des ihrer Meinung nach Antiquirten, theils durch Zusätze, sog. Interpolationen, wie dies im vorliegenden Werk mehrfach nachgewiesen wird. Der Vf. desselben ist ferner bei den einzelnen von ihm dargestellten Lehren auf eine nähere Prüfung der Ansichten seiner Vorgänger eingegangen, er bestreitet theilweise die Richtigkeit derselben. Das Einzelne hierüber hier mitzutheilen, muß sich Ref. bei der Reichhaltigkeit des Stoffs wegen der Beschränktheit des in diesen Blättern für dergleichen Anzeigen verstatteten Raums versagen, vielmehr alle diejenigen, welche sich für diese neue Erscheinung der proceßrechtlichen Literatur interessiren, auf das Werk selbst verweisen, und kann dessen Studium als höchst belehrend mit voller Überzeugung empfehlen.

Nur in Ansehung der im §. 40 enthaltenen Kritik des Entwurfs einer allgemeinen Civilproceßordnung weicht Ref. von den Ansichten des Verf. theilweise ab, worüber er Folgendes zu bemerken sich erlaubt. Dieser Entwurf, mit dessen zweiter Lesung die Commission jetzt beschäftigt ist, enthält nach einigen einleitenden Bestimmungen im I. II. und III. Titel allgemeine Vorschriften über die Gerichtsstände, über die Qualification der Gerichtspersonen, über die gerichtliche Handlungsfähigkeit der Parteien und deren Vertreter, über die Proceßkosten sowie über das Verfahren überhaupt, wobei die Verhandlungsmaxime, Öffentlichkeit der Verhandlungen und Mündlichkeit mit vorbereitenden Schriftsätzen als Regel aufgestellt ist. — Das Verfahren in erster Instanz ist verschieden normirt, je nachdem es vor Collegialgerichten oder vor Einzelrichtern oder vor Handelsgerichten stattfindet. Der Entwurf enthält ferner Vorschriften über besondere Proceßarten, über den Executivproceß, Wechselproceß, Mandats-

Digitized by Google

proceß, Provocationsproceß, Arrestproceß. Es reihen sich hieran Vorschriften über das Rechtsmittelverfahren, über Beschwerden wider das Gericht, über Nichtigkeitsbeschwerden, über die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen rechtskräftige Urtheile und über das Vollstreckungsverfahren. Der Vf. bemerkt in dem §. 40 über diesen Entwurf u. a. Folgendes: Dadurch, daß derselbe an die Stelle des schriftlichen Verfahrens das mündliche setze, habe er einen bedeutenden Schritt zurück zum echten römischen Proceß gethan, aber er sei und bleibe gemeiner ordentlicher Proceß sowohl rücksichtlich der Stoffvertheilung, als auch in Bezug auf die Reihenfolge der einzelnen Proceßhandlungen. — Wenn sich auch dieses Verfahren durch die Verwandlung des Beweisurtheils in ein der Rechtskraft entbehrendes Beweisdekret, ferner durch die Herabsetzung der Beweisantretung zu bloßer Beweismittelangabe vor und im Verhandlungstermin, durch die Abschaffung der Artikelvernehmung, durch die Entbindung des Richters von der gesetzlichen Beweistheorie so wie durch die Mündlichkeit des Verfahrens gegenüber dem gemeinen Proceß auch vortheilhaft auszeichne, so bleibe diese neue Deutsche Civilproceßordnung doch lediglich eine Codification des gemeinen Processes, d. h. eine Codification des corrumpirten römischen Processes, was sodann im Einzelnen nachzuweisen versucht wird. — Substantiirung der Klage ꝛc. und Beweisführung hätten sich im römischen Proceß unmittelbar zusammengeschlossen und die im heutigen Proceß so zahlreich vorkommenden Einreden des obscuren und inepten Libells, der nicht fundirten Klage ꝛc. wären, wenn auch die Römer eine mangelhafte Begründung der Klage in judicio nicht ungerügt gelassen hätten, doch in der chikaneusen und sylbenstecherischen Ausdehnung, wie im heutigen Proceß, nicht vorgekommen. Diesem Übelstand helfe aber auch der vorliegende Entwurf nicht ab, was nach den einzelnen Bestimmungen desselben darzuthun versucht wird. — Es wird ferner die Annahme der affirmativen Litiscontestation und das Verbot der Änderung der Klage mehrfach bemängelt und auch hiebei wieder auf die Vorzüge des römischen Processes hingewiesen. Der Verfasser bestreitet ferner die Richtigkeit des Princips, die Competenz der Collegialgerichte und der Einzelrichter nach Sachen zu ordnen, und bemerkt hierüber: Der altdeutsche Proceß biete keine Grundlage für die Vorzüglichkeit der collegialischen Behandlung der Processe, und ebenso wenig der römische Proceß. Jener lasse nur in der mündlichen Verhandlung, sowie sich eine Streitfrage zwischen den Parteien erhebe, die Urtheiler das Urtheil finden, und der römische Proceß habe zur Zeit der Volksgerichte dem Magistrat die Regulirung und Beurtheilung der Ladungsverhältnisse, der Competenz, der Legitimation, der Proceßart,

Digitized by Google

Connexität ꝛc. überlassen und bei Liquidität peremtorischer Einreden, bei Bekenntnis, Eid, Vergleich und Contumaz die Sache nicht ins judicium kommen lassen. Die Geschichte der römischen Gerichtsverfassung zeige von den Zeiten der Lex Pinaria an schon ein Streben nach Einzelrichtercognition und Entscheidung. Wolle man die collegialische Entscheidung, so sei sie in ähnlicher Weise zu beschränken, wie die Römer bis auf Diocletian es gethan, nemlich auf die Cognition des Anspruchs und auf Einreden, die nicht gleich in jure zu erledigen wären.

Der Vf. kommt schließlich sodann zu einem ganz eigenthümlichen Vorschlag, nemlich auf die Zuziehung von Laien zu den Recht sprechenden Behörden, und motivirt seine desfallsige Ansicht durch folgende Bemerkungen: „Nach der Geschichte der deutschen Gerichtsverfassung sei er mit den Anhängern der Jury" — obgleich er in wenigen Zeilen vorher erklärt, sein Ideal einer Gerichtsverfassung sei die Jury nicht, namentlich in der französischen Form, in der sie in Deutschland zur Wirksamkeit gelangt sei — „darin einverstanden, daß Cognition und Entscheidung in allen Rechtssachen dem Volke angehörten, die Wissenschaft gebe nach dieser Geschichte der deutschen Gerichtsverfassung keinen Titel, die Gerichte zu besetzen und über das Recht der Staatsbürger zu entscheiden. Wohl aber gebe die Wissenschaft ein Recht, die Volksgenossen, die zur Entscheidung im einzelnen Falle berufen worden, zu berathen." Welche Volksgenossen hiebei gemeint sind, ist nicht gesagt und aus einer in einer Anm. enthaltenen Bezugnahme auf Handelsgerichte nur so viel zu entnehmen, daß Fachgenossen, z. B. Kaufleute in Handelssachen bei Handelsgerichten gemeint sind. Der Vf. postulirt aber bei seinem Vorschlag die Zuziehung der sog. Volksgenossen ohne Ausnahme für alle Rechtsstreitigkeiten und hält weiter dafür, daß nach der Geschichte der deutschen Gerichte das Richten, das dem Regenten und seinen Beamten gebühre, und das Urtheilen, das dem Volke und seinen Repräsentanten gehöre, geschieden sein müßten. Gehe man von diesen Gesichtspunkten aus, so werde man Einzelrichter bestellen, um die Verhandlung über die Hauptsache vorzubereiten und zu leiten, Laienurtheiler, um über sie auf vorgängigen Rath Rechtsverständiger zu entscheiden, und höchstens zwei Juristen, um aus Gründen der Wissenschaft den Laienurtheilern das Urtheil vorzuschlagen, bez. wenn diese dasselbe verwerfen, ein besseres mit ihnen zu berathen. Eine decisive Stimme könne den Juristen dabei nicht eingeräumt werden, sie möchten die Laien vom Recht ihrer Ansicht überzeugen, und gelinge ihnen das nicht, sollten sie sich darauf beschränken, die Entscheidung der Laien zu formuliren. Denn die Wissenschaft besitze nur das Recht, gehört zu werden, ihr Spruch sei so wenig unabweis-

Digitized by Google

bare absolute Wahrheit, wie derjenige der Laien. „Die der fremden Rechte gelehrten Doctoren wären es gewesen, welche das Laienelement aus den Gerichten verdrängt und letztere in ihre ausschließliche Gewalt gebracht hätten. Wenn bei dem neuerwachten politischen Leben in Deutschland das Laienthum seine Rechte zurückfordere und wenn es dieselben auf dem weit wichtigeren Gebiete des Criminalprocesses bereits zurück erlangt habe, so sei es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß ihm auch die Schranken der Civilgerichte auf die Dauer nicht würde verschlossen bleiben. Sowie die deutsche bürgerliche Proceßordnung und ein deutsches Civilgesetzbuch vorlägen, stehe dem Eintritt der Laien in die Civilgerichte kein wirkliches Hindernis mehr entgegen und es könne sich alsdann nur darum handeln, in welcher Weise dem Volke die Gerichte zurückgegeben werden sollten."

Mit dieser Ansicht und dem darauf gegründeten Reformvorschlag kann der Ref. sich nicht einverstanden erklären und bedauert es in der That, daß dem sonst so interessanten und belehrenden vorliegenden Werk diese gerade nicht von sonderlicher Bekanntschaft mit dem praktischen Rechtsleben der Gegenwart und dessen eigentlichen Bedürfnissen zeugende Kritik in dem §. 40 beigefügt ist.

Welche Erfahrungen man von dem sog. Laienelement in der Strafrechtspflege bereits gemacht hat, ergibt der S. 129 ff. dies. Blätter abgedruckte Aufsatz; das Vorhandensein eines deutschen Strafgesetzbuchs und einer deutschen Strafproceßordnung ist bis jetzt nicht ausreichend gewesen, dem Begriffs- und Urtheilsvermögen der Geschworenen dergestalt zur Hilfe zu kommen, um, soweit es sich dabei um das richtige Verständnis der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften handelt, Wahrsprüche über Schuld und Unschuld zu erlangen, welche weniger Veranlassung darbieten, das Mangelhafte dieser neuen Gerichtsorganisation zu beklagen, als es bisher leider der Fall war. Dieselbe Erfahrung steht mit noch größerer Sicherheit in Civilrechtssachen zu erwarten und wird durch die vom Verf. vorausgesetzte Belehrung des rechtskundigen Richters so wenig abgewendet werden, wie sie im Strafproceßverfahren durch das im Art. 285 der StPOrdn. vorgeschriebene dem Präsidenten des Schwurgerichts zur Pflicht gemachte Resümé bis jetzt abgewendet worden ist. D. H.

Digitized by Google

Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts in Strafsachen.

Vom Herausgeber.

CCCLXXXI.

Zu §. 20 des Ges. v. 28. Mai 1857 die Vereinfachung und Abkürzung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betr.

Im §. 20 des vorerwähnten Weimarischen Gesetzes ist u. a. bestimmt, wie es bei Abpfändung schwer fortzuschaffender oder unterzubringender Gegenstände ꝛc. gehalten werden soll. Statt der Unterbringung im Gerichtsgewahrsam soll der beauftragte Gerichtsdiener in Gemeinschaft mit einem Gerichtsschöppen die Gegenstände, in welche die Execution vollzogen werden soll, einzeln verzeichnen ꝛc., von der vollzogenen Beschlagnahme soll der Schuldner durch Behändigung einer Abschrift der desfallsigen Niederschrift benachrichtigt und unter dieser Abschrift noch besonders bemerkt werden, daß dem Schuldner jede eigenmächtige Verfügung über die so in gerichtlichen Gewahrsam genommenen Gegenstände untersagt werde mit der Androhung, daß er im Zuwiderhandlungsfalle in strafrechtliche Untersuchung gezogen und mit Gefängnis bis zu 6 Wochen ꝛc. werde bestraft werden, welche Strafe in dem al. 9 l. c. für eine solche Zuwiderhandlung ausdrücklich angedroht ist.

Dem Zimmergesellen U. zu R. war im Wege der Hilfsvollstreckung eine Partie Kartoffeln, welche noch auf dem Felde befindlich waren, mit Beschlag belegt und mit drei Kreuzchen besteckt worden; es kam aber, als diese Kartoffeln versteigert werden sollten, zur Anzeige, daß dieselben vom genannten U. vorher ausgegraben worden waren.

Nach stattgehabter Hauptverhandlung verurtheilte das ꝛc. Justizamt zu B. den Angekl. U. wegen dieser Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des §. 20 des angef. Gesetzes und Artt. 48, 15 und 16 des StGBuchs zu 3wöchentlicher Gefängnisstrafe. In den Gründen war näher ausgeführt, daß und wie bei der fraglichen — am 13. Juli 1865 bewirkten — Beschlagnahme den Vorschriften des cit. §. 20 genügt worden war.

Der Angeklagte appellirte gegen diesen Strafbescheid und das ꝛc. Kreisgericht zu W. erkannte freisprechend, weil sich bei einer angestellten Recherche ergeben habe, daß der bei der fraglichen Beschlagnahme zugezogen gewesene angebliche Gerichtsschöffe W. als solcher niemals bestellt worden sei. — Rücksichtlich dieser Recherche des Justizamts

Digitized by Google

B. ergaben aber die Amtsakten, daß die Verpflichtung des bei der hier fraglichen Hilfsvollstreckung thätig gewesenen Gerichtsschöppen W. nicht bezweifelt worden ist, daß diese Recherche vielmehr den Schultheiß K. betraf, welcher bei einer späteren Auspfändung thätig gewesen war.

Gegen jenes freisprechende kreisgerichtliche Erkenntnis erhob die Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 306 Ziff. 5 und Art. 332 Ziff. 2 der StPOrdn., welcher ein Zeugnis des Justizamts B. beigefügt war, nach welchem der genannte W. am 5. Nov. 1863 als Gerichtsschöffe und Taxator amtlich verpflichtet worden ist.

Durch OAGUrtheil vom 30. März 1865 (Nr. 43) ist diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen worden aus folgenden Gründen:

„Bei Beurtheilung der vorliegenden, nach Nr. 5 des Art. 306 der StPOrdn. erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde ist von der thatsächlichen Annahme des Erkenntnisses voriger Instanz auszugehen, daß der bei der fraglichen Hilfsvollstreckung als Gerichtsschöffe thätig gewesene Friedrich W. als solcher nicht verpflichtet gewesen, und daß somit dieser Akt ohne Zuziehung eines Gerichtsschöffen vorgenommen worden sei. Wenn diese Annahme auch auf einem Irrthum beruhen sollte, so kann von ihr in der jetzigen Instanz nicht abgesehen werden, weil wegen unrichtiger Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse keine Nichtigkeitsbeschwerde nach Nr. 5 des Art. 306 d. StPO. zugelassen ist.

„Nun soll nach §. 20 Abs. 9 des Gesetzes vom 28. Mai 1857 die hier fragliche Strafe dann eintreten, wenn ein Schuldner wissentlich und widerrechtlich sich an Gegenständen vergreift, die in Gemäßheit dieser (d. h. der vorher gegebenen) Vorschriften in Beschlag genommen worden sind; die Strafe ist also durch die bei der Beschlagnahme geschehene Beobachtung der vorher angegebenen Vorschriften bedingt, und zu diesen gehört nach Abs. 2 des angeführten §. 20 auch die, daß bei dem fraglichen Akt ein Gerichtsschöffe zugezogen werden soll. Daß dieses formelle Erfordernis weniger als andere dort aufgestellte Erfordernisse wesentlich sein, und daß dessen Mangel die Verhängung der Strafe nicht hindern soll, ist im Gesetz in keiner Weise auch nur angedeutet, und läßt sich auch nicht aus allgemeinen Gründen herleiten; vielmehr ist in Betreff des ähnlichen Vergehens der Widersetzung gegen die öffentliche Autorität in Art. 100 des StGBuchs Strafloſigkeit ausdrücklich für den Fall ausgesprochen, wenn bei der obrigkeitlichen Anordnung, welcher der Widerstand entgegengesetzt wurde, gesetzliche Formen nicht beobachtet worden sind, während die sonstige materielle Gesetzwidrigkeit der Anordnung nur eine Strafminderung zur Folge hat, und damit ist zugleich der Grundsatz anerkannt, daß bei Zuwiderhandlung gegen obrigkeitliche Verfügungen gerade die Beobachtung der gesetzlichen Formen der letztern eine ganz wesentliche Bedingung der Strafbarkeit ist.

„Die hier fragliche Beschlagnahme kann sonach in Folge des thatsächlich als feststehend anzunehmenden Mangels des Erfordernisses der Zuziehung eines Gerichtsschöffen als eine in Gemäßheit der Vorschriften im angeführten §. 20 vollzogene nicht angesehen werden, weshalb die fragliche That der Strafbestimmung in Absatz 9 §. 20 des angeführten Gesetzes in voriger Instanz mit Recht nicht unterzogen worden ist."

Digitized by Google

CCCLXXXII.

Zu Art. 221 Ziff. 2 des StGBuchs.

In einer Anklagesache gegen ꝛc. M. zu W. und Genossen wegen Diebstahls kam die Vorschrift des Art. 221 Ziff. 2 des StGBuchs hinsichtlich der Auslegung der Worte „oder sonstige Werkzeuge" wieder zur Erörterung und Entscheidung. Die Staatsanwaltschaft vertrat hiebei die Ansicht, daß ein Schlüssel, welcher nicht der eigentliche zum eröffneten Schloß gehörige, aber doch kein nachgemachter ist, für ein „sonstiges Werkzeug" im Sinne des Art. 221 Ziff. des StGBuchs zu halten sei. Das Kreisgericht zu W. war derselben Ansicht und erklärte sich in dem auf die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft ertheilten Verweisungsbeschluß für unzuständig und die Sache als vor das Schwurgericht gehörig. Die Staatsanwaltschaft fand sich wegen der früheren abweichenden Entscheidungen des hiesigen Gerichtshofs über diese Frage veranlaßt, Nichtigkeitsbeschwerde gegen jenen Beschluß wegen unrichtiger Auslegung des Art. 221 Ziff. 2 d. StGBuchs einzuwenden, und deducirte diese ihre gegentheilige Meinung ausführlich, es ist aber durch OAGErkenntnis vom 25. Jan. l. J. (Nr. 15) dieser Zurückweisungsbeschluß als nichtig wieder aufgehoben und das Kreisgericht zu W. für zuständig in der Sache erachtet worden aus folgenden Gründen:

„Der Zurückweisungsbeschluß vom 14. d. M. ging von der Ansicht aus, daß ein Schlüssel, welcher zufällig zu einem Schlosse passe und dasselbe auch ohne besondere Vorrichtung aufschließt, zu den in Art. 221 sub Nr. 2 des StGBuchs erwähnten „„sonstigen Werkzeugen"" zu rechnen sei, daß also ein Diebstahl, welcher mittelst Eröffnung eines Schlosses durch einen solchen Schlüssel begangen worden, zu den ausgezeichneten Diebstählen gehöre. Allein dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Wäre dies die Absicht und Meinung des Gesetzgebers gewesen, so würden an jener Stelle nicht die „„nachgemachten Schlüssel"" besonders genannt und hervorgehoben worden sein, sondern die Stelle würde dann so haben lauten müssen: „„zu Eröffnung von Schlössern, Schlüssel, Dietriche, Sperrhaken und sonstige Werkzeuge"". Dadurch aber, daß die „„nachgemachten"" Schlüssel besonders hervorgehoben worden sind, sind unzweifelhaft die nicht nachgemachten, mithin die zufällig passenden Schlüssel dem Wortsinne nach ausgeschlossen, denn unter einem nachgemachten Schlüssel kann man nur einen solchen verstehen, welcher durch Neufertigung oder durch Umänderung dem echten nachgebildet oder sonst für das fragliche Schloß passend gemacht worden ist. Auch Dietriche und Sperrhaken sind Instrumente, welche zu Eröffnung nicht gerade dieses speciellen Schlosses, aber doch zu Eröffnung von Schlössern im Allgemeinen besonders hergerichtet worden sind, die dann genannten „„sonstigen Werkzeuge"" sind dann nach Analogie der speciell genannten zu beurtheilen. Der Grund, welcher den Gesetzgeber hierbei geleitet haben mag, ist darin zu suchen, weil in subjectiver Beziehung die besondere Herrichtung oder Ansammlung von Instrumenten, welche zu Eröffnung dieses speciellen Schlosses oder von fremden Schlössern überhaupt

Digitized by Google

dienen sollen, einen höheren Grad des verbrecherischen Willens erfordert, als der Gebrauch eines bereits vorhandenen zufällig passenden Schlüssels. Wollte man annehmen, der Grund der Qualification liege bloß darin, daß der Dieb ein äußeres Hindernis, welches die Vorsicht des Bestohlenen ihm entgegenstellt, auf unregelmäßige und rechtswidrige Weise überwinde, so würde man auch den Gebrauch des echten Schlüssels, welchen der Dieb vielleicht vorher dem Eigenthümer entwendet, dahin zählen müssen, und es würde dann das Unpassende, daß der Gesetzgeber nicht Schlüssel überhaupt, sondern nur nachgemachte Schlüssel genannt hat, um so mehr hervortreten."

CCCLXXXIII.

Zu Artt. 98 u. 189 d. StGBuchs u. Art. 306 Ziff. 5 d. StPOrdnung.

In Nr. $\frac{14}{1863}$ enthielt das damals in Gotha unter dem Namen „der Fortschritt" erschienene Wochenblatt, unter dessen Titel Ludwig Walesrode als Herausgeber, K. G. Stollberg aber als „verantwortlicher Redacteur" genannt war, einen aus Frankfurt datirten Correspondenzartikel, in welchem über die in Frankfurt herrschende, gegen Preußen feindliche Stimmung referirt war; es war darin u. a. Folgendes wörtlich bemerkt: „Die Erbitterung gegen das Bismarcksche Regiment ist hier so allgemein und tief, daß eine namhafte Auflehnung gegen dasselbe hier auf die thatkräftigste Unterstützung rechnen kann. Die Transportationskosten für den Diener samt dem Herrn und Begleitung wären auf der Börse in fünf Minuten zusammen gebracht."

Auf Antrag des Königl. Preußischen Justizministeriums ertheilte hierauf im Juli 1864 das Herzogl. Staatsministerium zu Gotha, welches in jenem Artikel eine ehrverletzende Äußerung gegen den König von Preußen fand, unter Ertheilung der nach den Artt. 99 und 4 des StGBuchs erforderlichen Genehmigung der ꝛc. Staatsanwaltschaft den Auftrag, zunächst gegen ꝛc. Stollberg Untersuchung und Bestrafung nach Art. 98 des StGBuchs zu beantragen. Dieser Antrag erfolgte und in der nach geschlossener Voruntersuchung eingereichten Anklageschrift wurde sodann näher deducirt, daß und in welcher Weise jener Artikel Beleidigungen gegen den König von Preußen enthalte. Der Angekl. stützte seine Vertheidigung gegen die Anklage hauptsächlich auf die Behauptung, er sei nur nomineller Redacteur und habe seinen Namen hergegeben, weil nur ein Gothaischer Staatsangehöriger, was Walesrode damals nicht gewesen sei, gesetzlich eine verantwortliche Redaction übernehmen könne ꝛc. Das Kreisgericht zu Gotha sprach den Angekl. von der Anklage frei und führte in den Gründen aus, es könne in dem fragl. Artikel eine ehrenverletzende Äußerung gegen den König von Preußen nicht gefunden werden ꝛc.

Gegen dieses freisprechende Urtheil appellirte die ꝛc. Staatsanwaltschaft, das ꝛc. Appellationsgericht zu Gotha erkannte reformatorisch den

Digitized by Google

Angeklagten der Anklage gemäß für schuldig und verurtheilte ihn unter Anwendung des Art. 20 des Patents Nr. 430 der Gesetzsamml., sowie nach Artt. 4, 99, 98, 191, 192 Ziff. 1 u. Art. 46 d. StGBuchs zu 3 Wochen Gefängnis ꝛc. In den Gründen wurde die Frage: ob in dem fraglichen Artikel eine Beleidigung des Königs von Preußen enthalten sei? bejaht und dies ausführlich deducirt.

Gegen dieses Urtheil wendete der Angekl. Nichtigkeitsbeschwerde ein nach Art. 332 Ziff. 3 im Zusammenhalt mit Art. 306 Ziff. 5 der StPOrdnung und bemerkte gegen den Schlußsatz dieser Stelle: Diese Beschränkung greife hier nicht Platz, es handle sich hier lediglich und ausschließlich um unrichtige Gesetzesauslegung und Anwendung namentlich der Artt. 98 u. 189 Ziff. 2 d. StGBuchs.

Durch OAGUrtheil vom 17. Mai 1865 (Nr. 47) ist diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und in den Gründen bemerkt worden:

„Unter der in Frage stehenden That ist in dieser Gesetzesstelle die That nicht, wie sie der Beschwerdeführer darstellt, zu verstehen, sondern die That, wie sie das angefochtene Erkenntnis thatsächlich festgestellt hat, denn diese Feststellung muß als endgiltig gelten, da die Beurtheilung der thatsächlichen Verhältnisse dem Richter der Cassationsinstanz entzogen und dessen Cognition auf die Frage nach der Existenz, Giltigkeit oder Auslegung des zur Anwendung gebrachten Strafgesetzes beschränkt ist. Zur Beurtheilung der thatsächlichen Verhältnisse gehört aber nicht bloß die Beantwortung der Beweisfrage im engeren Sinne, oder der Frage, ob die fragliche Handlung von dem Angeklagten begangen worden ist oder nicht, sondern auch die Beantwortung der Frage: ob die That von der Eigenschaft sei, welche das Gesetz zum Begriff des Verbrechens erfordert und daher namentlich auch der Frage: ob eine bestimmte Handlung oder Äußerung den Umständen nach als ehrenverletzend, oder nach der gemeinen Meinung Verachtung ausdrückend anzusehen sei.

„Nun hat aber der Angeklagte seine Nichtigkeitsbeschwerde, seiner Ausführung nach, nirgends gegen die Existenz, die Giltigkeit oder die Auslegung des angewendeten Strafgesetzes gerichtet, sondern nur gegen die in dem angefochtenen Erkenntnisse vorgenommene Beurtheilung der thatsächlichen Verhältnisse; er hat nirgends behauptet, daß es für eine Beleidigung des Königs von Preußen, oder überhaupt eines deutschen Regenten kein Strafgesetz gebe, — ein solches ist vielmehr in dem im vorigen Erkenntnisse angezogenen Art. 98 d. StGBuchs unbestritten vorhanden — sondern er behauptet, daß die incriminirte Äußerung keine Ehrenverletzung enthalte, daß es also an der in Frage stehenden That gebreche; nicht das Strafgesetz legt er anders aus, als dies im Erkenntnisse voriger Instanz geschehen ist, sondern den in Rede stehenden Zeitungsartikel legt er anders aus, behauptet daher nur eine unrichtige Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse. Seine dahin gehenden Ausführungen sind schon dadurch beseitigt, daß das Erkenntnis voriger Instanz thatsächlich festgestellt hat, der incriminirte Artikel enthalte eine Ehrenverletzung des Königs von Preußen. Wäre die Sache vor einem Geschwornengericht zu verhandeln gewesen, so würde die Frage, ob der fragliche Zeitungsartikel eine Ehrenverletzung eines deutschen Regenten enthalten habe, zunächst den Ge-

Digitized by Google

schworenen vorzulegen gewesen sein — Artt. 287. 292 der StPOrdn. — sie hätten die Frage ohne weitere Ausführung von Gründen einfach bejahen oder verneinen können, eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den materiellen Ausspruch der Geschworenen gibt es aber nicht, und ebenso wenig gegen solche Feststellungen der Kreis- und Appellationsgerichte, welche bei Verbrechen im engeren Sinne von den Geschworenen zu bewirken gewesen wären.

„Der Vertheidiger sucht zwar die Frage dadurch zu einer Gesetzesauslegungsfrage zu machen, daß er sagt: das Appellationsgericht habe nur den Thatbestand des Art. 98 d. StGBuchs für begründet befunden, ohne des Art. 189. 2 des StGBuchs zu erwähnen, es scheine demnach, als halte es den Thatbestand des Art. 98 für einen wesentlich anderen, als den des Art. 189. 2 oder als gehe es von der Ansicht aus, daß auch ein fremder Fürst oder König Anspruch auf einen besonderen und höheren Grad allgemeiner Achtung und Ehrerbietung habe, als ein anderer ehrenhafter deutscher Mann. Allein das Gericht hatte der Vorschrift des Art. 258 Nr. 3 der StPOrdn. genug gethan, wenn es den schon für sich vollkommen deutlichen Art. 98 des StGBuchs als das anzuwendende Strafgesetz anzog, und daraus, daß dasselbe dabei den Art. 189. 2 nicht erwähnte, folgt keineswegs, daß es den Art. 98 unrichtig, oder anders als es der Vertheidiger thut, ausgelegt habe.

„Wegen der Strafzumessungsgründe endlich gibt es überhaupt keine Nichtigkeitsbeschwerde, indem die StPOrdn. Art. 306 Nr. 5 die unrichtige Gesetzesauslegung nur dann als Nichtigkeitsgrund anerkennt, wenn davon die Existenz des Verbrechens überhaupt abhängig ist."

CCCLXXXIV.

Zu Artt. 51 u. 201 d. StPOrdn.

Der Kutscher H. zu S. hatte einen an den Verwaltungsamtsdiener B. zu E. gerichteten Brief in S. zur Post gegeben, derselbe war sodann in E. dem B. behändigt worden. B. erhob wegen des beleidigenden Inhalts dieses Briefs gegen H. bei dem rc. Landgericht zu Eisfeld Anklage, das Landgericht wies jedoch diese Anklage als vor dasselbe nicht gehörig zurück, der Ankläger wendete gegen diese Zurückweisung Nichtigkeitsbeschwerde ein, es ist darauf durch Erkenntnis des Ges. OAGericht vom 22. März l. J. (Nr. 50) dieser Zurückweisungsbeschluß cassirt und das rc. Landgericht zu E. als für diese Anklage zuständig erachtet worden aus folgenden Gründen:

„Wenn der Angeklagte den als beleidigend angesprochenen Brief in Saalfeld schrieb und durch die Post an den Ankläger nach Eisfeld beförderte, so ist die Einhändigung des Briefs an den Ankläger nicht als ein zu den Erfordernissen des Verbrechens gehöriger Erfolg der verbrecherischen Handlung anzusehen, sie ist vielmehr die verbrecherische That selbst, durch welche der Thatbestand des fraglichen Delicts erschöpft wird, indem das bloße Schreiben des beleidigenden Briefs ohne Behändigung an den Adressaten etwas Strafbares nicht enthält. Es ist daher nicht der zweite, sondern der erste Absatz des Art. 51 d. StPOrdn. einschlagend und danach das Landgericht zu Eisfeld als dasjenige Gericht, in dessen Bezirk das Verbrechen begangen worden,

Digitized by Google

zuständig. Zu demselben Resultate würde es auch führen, wenn man das Schreiben des Briefs als eine besondere, neben der Einhändigung desselben an den Adressaten zum Thatbestand des Delicts gehörige Handlung ansehen wollte. Denn in diesem Falle würde die letzte in den Bezirk des Landgerichts zu Eisfeld fallende Handlung, die Behändigung des Briefs, die Zuständigkeit dieser Behörde nach dem dritten Absatze des angeführten Art. 51 begründen.

„Der in der Entscheidung voriger Instanz weiter angeführte Art. 52 d. StPOrdn. kann aber deshalb keine Anwendung finden, weil der Beleidigte die Untersuchung nicht bei dem Gerichte des Wohnorts des Angeklagten beantragt hat."

CCCLXXXV.

Zu Art. 23 Ziff. 2 u. Art. 25 d. StGBuchs.

Gegen Friederike Z. aus F. war von der Staatsanwaltschaft bei dem ꝛc. Kreisgericht zu W. Anklage erhoben worden wegen Beihilfe bei versuchter Abtreibung der Leibesfrucht der sich für schwanger haltenden ledigen Mathilde L. zu G. Diese Beihilfe sollte darin bestanden haben, daß sie der L. zur Wiederherstellung ihrer Regeln und Abtreibung ihrer Leibesfrucht verschiedene — näher angegebene — Mittel angerathen und diese von der L. angeschafften Mittel zubereitet, die L. die zubereitete Flüssigkeit auch getrunken habe. 1½ Tag darnach habe sich die Menstruation der L. wieder eingestellt, es sei aber nicht festzustellen gewesen, ob die L. sich wirklich im schwangeren Zustand befunden habe ꝛc.

Durch Verweisungsbeschluß vom 28. Febr. l. J. wies das ꝛc. Kreisgericht zu W. diese Anklage ab, weil die Voraussetzungen des Art 25 d. StGBuchs in sofern nicht zuträfen, als in dem vermeintlichen Sauerkleewein und Safran — den angerathenen und zubereiteten Mitteln — ein untaugliches und resp. ein der Quantität nach unzureichendes Abtreibungsmittel angewendet worden sei, bei einer solchen Concurrenz entfernterer Versuchshandlungen aber mit dem Verbrechen des im Art. 25 aufgeführten Versuchs der letztere und folglich auch die Beihilfe zu einem solchen versuchten Versuch straflos erscheine.

Gegen diesen Zurückweisungsbeschluß wendete die ꝛc. Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde ein und führte zur Begründung derselben an, daß der Art. 25, wie dies bei anderen strafbaren Handlungen (z. B. Artt. 78, 79, 80, 106 al. 2, Art. 111 al. 1, Art. 116 al. 1, Artt. 122, 252, 255 al. 1 d. StGBuchs) der Fall sei, ein selbständiges Verbrechen statuire und ein gegen Art. 25 in Verbindung mit einem anderen speciellen Artikel d. StGBuchs verstoßendes Verbrechen ebenso gut wie jedes andere Verbrechen beabsichtigt und in seiner Ausführung angefangen werden könne ꝛc.

Durch OAGErkenntnis vom 30. März l. J. (Nr. 63) ist diese

Digitized by Google

Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet verworfen und in den Gründen Folgendes bemerkt worden:

„Der Art. 25 d. StGBuchs statuirt keineswegs ein selbständiges Verbrechen, handelt vielmehr, wie auch schon die Überschrift der Artt. 23 bis 28 ergibt, ebenso wie der Art. 23 von einer bloßen Versuchshandlung, für welche zu Gunsten des Verbrechers nur eine mildere Strafe als die für die übrigen Arten des Versuchs im Art. 24 gedrohten Strafen in thesi bestimmt ist und so wenig von einem strafbaren Versuch der Versuchsarten des Art. 23 Ziff. 1—4 die Rede sein kann, ebenso wenig läßt sich ein strafbarer Versuch des Versuchs im Art. 25 annehmen. Es geht dies aber auch aus der ganzen Fassung dieses Artikels zur Genüge hervor. Denn wenn hiernach vorausgesetzt ist, daß der Verbrecher alles gethan hat, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens nothwendig war, und nur an dem Gegenstand, gegen welchen die verbrecherische Handlung gerichtet war, das beabsichtigte Verbrechen nicht begangen werden konnte, so müssen eben, abgesehen von dem Mangel einen geeigneten Verbrechensgegenstandes, alle übrigen Voraussetzungen des vollendeten Verbrechens auf Seiten des Verbrechers vorhanden sein; fehlt es an einer dieser übrigen Voraussetzungen und hat der Verbrecher nicht alles gethan, was seinerseits zur Vollendung nöthig war, hat er vielmehr nur eine der Versuchshandlungen des Art. 23 Ziff. 1—4 begangen, so ist die Anwendbarkeit des Art. 25 ausgeschlossen und die Handlung straflos, woraus von selbst folgt, daß alsdann auch von keiner strafbaren Beihilfe bei derselben die Rede sein kann. Da es nun im Hinblick auf die thatsächliche Annahme des Kreisgerichts dem Obigen zufolge an den Voraussetzungen eines nach Art. 25 in Verbindung mit Art. 127 al. 1 des StGBuchs strafbaren Versuchs der Abtreibung der Leibesfrucht auf Seiten der L. fehlt und beim Nichtvorhandensein des Hauptverbrechens eine Beihilfe dazu undenkbar ist, so erscheint der angefochtene Beschluß des Kreisgerichts, daß die der Beihilfe bei versuchter Abtreibung angeklagte Z. nicht in den Anklagestand zu versetzen sei, gerechtfertigt."

CCCLXXXVI.

Zu Artt. 201 u. 208 d. StPOrdn.

In einer Anklagesache gegen die Holzhauer Hermann und Friedr. E. zu M. und deren Ehefrauen wegen Holzdiebstahls resp. Begünstigung hatte das Fürstl. Kreisgericht zu Arnstadt in dem ertheilten Verweisungsbeschluß die beiden Ehefrauen wegen Holzdiebstahls nach §. 11 des Ges. vom 19. April 1850 u. Art. 216 Ziff. 1 d. StGBuchs und die beiden vorgenannten Ehemänner wegen Begünstigung jenes Holzdiebstahls nach §. 24 des Ges. vom 19. April 1850 und Art. 56 d. StGBuchs in Anklagestand versetzt. Die Staatsanwaltschaft erhob Nichtigkeitsbeschwerde dagegen u. a. deshalb, weil das Kreisgericht, in so weit es die sämmtlichen Angekl. wegen der bezeichneten Verbrechen in den Anklagestand versetzt, zu diesem Ausspruch nicht competent sei, Daneben beantragte die ꝛc. Staatsanwaltschaft, es bei dem angefochtenen Verweisungsbeschluß in so weit bewenden zu lassen, als durch

Digitized by Google

denselben die Anklage gegen die beiden genannten Holzhauer wegen gleicher Theilnahme an einem Holzdiebstahl zurückgewiesen und die Competenz des Justizamts Breitenbach ausgesprochen sei.

Es ist darauf durch OAGErkenntnis vom 29. März l. J. (Nr. 66) jener Verweisungsbeschluß in so weit, als er die 4 Angekl. wegen der erwähnten Vergehen in Anklagestand versetzt, wegen Unzuständigkeit des Kreisgerichts als nichtig wieder aufgehoben und die weitere Entschließung dem Fürstl. Justizamt Breitenbach überlassen worden, mit Beifügung folgender Gründe:

„Die von Fürstl. Staatsanwaltschaft in ihrer Eingabe vom 8. d. M. unter Nr. 2 aufgestellte Beschwerde erscheint, in soweit dadurch die Zuständigkeit des Fürstl. Kreisgerichts begründet und nachgewiesen werden sollte, dadurch als zurückgezogen, daß Fürstl. stellvertretende Generalstaatsanwaltschaft in ihrem Schreiben vom 19. d. M. beantragt hat, den Verweisungsbeschluß in soweit zu bestätigen, als derselbe die Competenz des Justizamts Breitenbach ausgesprochen habe. Es steht sonach die Zuständigkeit des Justizamts Breitenbach für die fernere Verhandlung der Sache fest.

„Hieraus folgt dann aber (hinsichtlich der von Fürstl. Staatsanwaltschaft aufgestellten ersten Beschwerde), daß Fürstl. Kreisgericht auch nicht competent war, über die Versetzung der Angeschuldigten in den Anklagestand zu erkennen und die Gesetzesbestimmungen zu bezeichnen, nach welchen sie zu bestrafen sein würden, und es war in so weit der Verweisungsbeschluß wegen Incompetenz des Kreisgerichts wieder aufzuheben.

„Es war aber hiernach gegenwärtig auch nicht auf die weitere vom Fürstl. Kreisgericht in seinen Entscheidungsgründen angeregte und von Fürstl. Staatsanwaltschaft weiter verfolgte Controverse einzugehen, ob Friedrich und Hermann E. wegen Begünstigung einer einfachen oder einer qualificirten Entwendung zu bestrafen sein werden, es steht vielmehr hierüber dem Justizamte Breitenbach die erstinstanzliche Entscheidung in seinem Endurtheil zu."

CCCLXXXVII.

Zu Art. 310 d. StGBuchs.

Gegen Wilh. und Carl A. zu O. war von der Staatsanwaltschaft Anklage wegen vollendeter Bestechung erhoben worden, welche darin bestanden haben sollte, daß die Angekl. den Gensdarme A. durch ein Geschenk zur Unterlassung der Anzeige einer polizeilichen Übertretung hatten bestimmen wollen, welches Anerbieten von demselben aber zurückgewiesen worden war. Das rc. Kreisgericht zu W. wies durch Beschluß vom 21. Nov. v. J. diese Anklage, so weit sie auf das Vergehen vollendeter Bestechung gerichtet war, zurück und setzte die Angeklagten nur wegen versuchter Bestechung in den Anklagestand.

Auf die von der Oberstaatsanwaltschaft gegen diesen Verweisungsbeschluß wegen unrichtiger Auslegung des Art. 310 d. StGBuchs eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch Erkenntniß des Ges. OAGe-

Digitized by Google

richts vom 29. Dec. v. J. (Nr. 301) dieselbe als nichtig aufgehoben und dem Antrag der Staatsanwaltschaft stattgegeben worden aus folgenden Gründen:

„ꝛc. Daraus, daß den Artt. 309—311 des StGBuchs die gemeinschaftliche Überschrift „Bestechung" gegeben ist, sowie daraus, welchen Begriff der gewöhnliche Sprachgebrauch der Bestechung beilegt, ist ein Anhaltspunkt für die Auslegung des Art. 310 nicht zu gewinnen, der letztere vielmehr zunächst lediglich aus seinem eigenen Inhalt und seiner Wortfassung zu erklären, dabei aber vor allem festzuhalten, daß derselbe von der activen Bestechung als einem selbständigen, von der passiven Bestechung getrennten und unabhängigen, durch ganz andere Voraussetzungen als diese bedingten Verbrechen handelt, wie sich namentlich daraus ergibt, daß die im Art. 310 als strafbar bezeichnete Handlung nicht, wie im königl. sächs. Strafgesetzbuch, als Verleitung zur passiven Bestechung hingestellt worden, das Strafbare der Handlung daher nicht sowohl in der rechtswidrigen Beeinflussung der Beamten, als vielmehr in der vom Verbrecher dem Staat gegenüber bekundeten und dem letzteren besonders gefährlichen eigenen Unredlichkeit zu suchen ist. Wenn es nun im Art. 310, der die vollendete active Bestechung zum Gegenstand hat, heißt, „„wer einem Staatsdiener oder Beamten etwas verspricht, schenkt oder leistet, um ihn zu einer pflichtwidrigen Handlung oder Unterlassung zu bestimmen ꝛc."" so setzt, wie sich von selbst versteht, dieses Versprechen oder Leisten, dessen Annahme auf Seiten des Beamten nicht voraus, sondern es genügt hier das einseitige Verhalten des Bestechenden und es hätte, wenn diese Annahme vom Gesetzgeber für nothwendig erachtet worden wäre, solches im Art. 310 ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Hiernach läßt sich aber zugleich annehmen, daß auch bezüglich des Schenkens der Gesetzgeber von einer anderen Voraussetzung als beim Versprechen und Leisten nicht ausgegangen ist, vielmehr die bloße Hingabe des zum Geschenk bestimmten Gegenstandes ohne Rücksicht auf die etwa erfolgte Annahme desselben durch den Beamten für ausreichend gehalten hat. Die civilrechtlichen Grundsätze über die Schenkung sind hier nicht maßgebend; auch bei einer abgelehnten Schenkung liegt auf Seiten des Gebers immer ein Schenken im Sinne des Art. 310 vor. Daß man sich zum Nachweis dafür, daß zur vollendeten Bestechung die Annahme des dargebotenen Vortheils gehöre, nicht auf die Artt. 309 u. 311 d. StGBuchs, wonach allerdings eine solche Annahme vorausgesetzt wird, berufen kann, ergibt sich aus der selbständigen Natur jenes Verbrechens und seiner Verschiedenheit von den in Artt. 309 und 311 vorgesehenen Verbrechen von selbst. Auch aus dem Art. 313 d. StGBuchs, der sich mit auf den Art. 310 erstreckt, läßt sich nichts entnehmen, was gegen die hier vertretene Auslegung des letzteren Artikels spricht; denn es ist im Art. 313 der unter Zustimmung des Beamten seitens ihrer Angehörigen erfolgten Annahme von Geschenken offenbar nur deshalb Erwähnung geschehen, weil sich der Art. 313 hauptsächlich auch auf die Fälle der Artt. 309 und 311 bezieht und zum Thatbestand der hier vorgesehenen Verbrechen die Annahme des Geschenks vorausgesetzt wird, daraus folgt aber nicht, daß der Art. 313 auch für den Fall, wo die Bestechung des Art. 310 gegen die Angehörigen des Beamten und zwar mit dessen Zustimmung gerichtet und nach dem Bisherigen die Annahme des Geschenks ꝛc. nicht erforderlich ist,

Digitized by Google

diese Annahme für nothwendig erachtet habe. Hauptsächlich wichtig für die Auslegung des Art. 310 ist aber der Schlußsatz desselben, wornach die darin angedrohte Strafe eintreten soll, „„gleichviel ob das vom Verbrecher Gegebene zurückgegeben worden ist oder nicht.““ Selbst wenn man diese Bestimmung nicht ohne Weiteres für gleichbedeutend damit halten will, „„gleichviel ob das Gegebene nicht angenommen oder angenommen worden ist““, dieselbe vielmehr als mit dem Art. 371 d. StGBuchs in Zusammenhang stehend aufsieht, gelangt man doch zu dem Resultat, daß die Annahme des Geschenks nicht zum Thatbestand der vollendeten activen Bestechung des Art. 310 erforderlich ist, weil der Art. 313 nach seiner ganzen Fassung und Tendenz so zu verstehen ist, daß es in dem dort erwähnten Falle so angesehen werden soll, als habe der Beamte die ihm oder seinen Angehörigen unaufgefordert zugekommenen Geschenke überhaupt nicht angenommen.“

CCCLXXXVIII.

Zu Artt. 94 und 95, 63, 29 und 30, 160 und 189 des StGBuchs und Art. 306 Ziff. 2, 5 und 6 der StPOrdn.

Bei einer am 16. Sept. v. J. in den Fluren von Greußen und Klingen von dem Erbprinz und den Prinzen Leopold und Hugo von Schwarzburg-Sondershausen abgehaltenen Hühnerjagd hatte der Prinz Hugo nach Feldhühnern geschossen, welche in der Richtung nach einem Grundstück hingeflogen waren, auf welchem der Fuhrmann N. von Greußen mit seiner Frau beim Kartoffelernten beschäftigt war. N. hatte, obgleich der Schuß in einer Entfernung erfolgt sein soll, daß N. durch denselben nicht gefährdet gewesen, dennoch einen großen Lärm erhoben, die gröbsten Schimpfreden ausgestoßen, den Schützen mit Worten und Geberden bedroht, welche in der späteren Anklageschrift der Staatsanwaltschaft speciell angegeben sind. Auf die von dem Prinzen Hugo an N. in ruhigem Ton gerichtete Frage, ob ihm etwas geschehen sei, sollte N. neue Schimpfreden ausgestoßen und gesagt haben: „wenn ich hinkomme, schlage ich Dir den Kopf vom Rumpf herunter.“ Bei diesen Worten sei N. mit drohend erhobenem Grabspaten auf den Prinz Hugo zugelaufen. Der herbeigeeilte Forstmeister von Wolfersdorf hatte dem N. den Weg vertreten und ihn gefragt, ob er geschossen sei, und auf dessen verneinende Antwort die weitere Frage an ihn gerichtet: ob er denn nicht wisse, wer der sei, den er so gröblich behandle; es sei ja der durchlauchtigste Prinz. Hierauf sollte N. in wegwerfendem respectswidrigen Ton entgegnet haben: „das sei ihm ganz einerlei, ob es der Prinz sei oder ein anderer, der ernähre seine Familie nicht“ ꝛc. Als sodann der Prinz Hugo dem N. vorgehalten, daß es ja zu den Unmöglichkeiten gehöre, auf solche Entfernung verletzt zu werden, sei N. an den Prinzen herangelaufen und habe sein Grabscheit in die Erde gestoßen, sein Räsonniren aber noch fortgesetzt, als der Prinz und dessen Begleiter den Platz verlassen hatten.

Digitized by Google

In der diesen Vorfall erzählenden Anklageschrift, in welcher der Strafantrag auf die Artt. 94 u. 95 d. StGB. gegründet war, war hinsichtlich der im Art. 99 d. StGBuchs enthaltenen Vorschrift Bezug genommen auf ein Reskript des Fürstl. Staatsministeriums Abtheilung der Justiz, inhaltlich dessen dasselbe vom Fürstl. Ges. Ministerium kraft der demselben ertheilten höchsten Vollmacht ermächtigt war, die vorerwähnten verletzenden Handlungen, Äußerungen und Drohungen strafrechtlich zu verfolgen, so weit sie unter Artt. 94 u. 95 d. StGBuchs fielen.

Nach stattgehabter Hauptverhandlung über die Anklage sprach das ꝛc. Kreisgericht Sondershausen den Angekl. wegen der auf Art. 94 des StGBuchs gegründeten Anklage frei, verurtheilte ihn aber wegen Vergehens gegen Art. 95 zu 1 Monat Gefängnis ꝛc. Die Freisprechung war dadurch motivirt, daß der Angekl. vor der von dem Forstmeister v. W. ihm gemachten Eröffnung den Prinzen Hugo nicht gekannt habe. Die ꝛc. Staatsanwaltschaft appellirte gegen dieses Erkenntnis nicht allein wegen der Freisprechung, sondern auch deshalb, weil der Angekl. nicht auch wegen Bedrohung bestraft worden und weil er wegen Beleidigung nicht mit einer höheren Strafe belegt worden sei; in einem Nachtrag wurde weiter auf die Nichtigkeitsgründe des Art. 306 Ziff. 5 u. 6 eventuell Ziff. 2 d. StPOrdn. Bezug genommen, weil der Art. 94, 160 und 189 d. StGBuchs unrichtig ausgelegt worden sei, was näher ausgeführt wurde.

Das ꝛc. Appellationsgericht zu Eisenach änderte hierauf den Kreisgerichtsbescheid nur in soweit ab, als die Strafe von 1 Monat auf 3 Monate Gefängnis erhöht wurde. Wegen der Freisprechung wurde in Übereinstimmung mit dem Kreisgericht angenommen, daß kein genügender Beweis für den Umstand vorliege, der Angekl. habe bei den gegen den Prinzen Hugo vorgenommenen drohenden Handlungen und Äußerungen denselben gekannt, und weiter der Grund geltend gemacht, daß die Anwendung des Art. 160 d. StGBuchs einen Strafantrag erfordere, an welchem es hier fehle, was nach Inhalt der Akten näher dargelegt wird.

Gegen dieses Erkenntnis hat die ꝛc. Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde mit Wiederholung der früheren Gründe eingewendet, es ist dieselbe aber durch OAGUrtheil vom 24. Mai 1865 (Nr. 70) verworfen worden mit Beifügung folgender Gründe:

„Zum Thatbestand der Verbrechen Artt. 94 und 95 d. StGBuchs gehört, wie bei allen Verbrechen, nicht nur die verbrecherische Handlung in ihrer äußeren Erscheinung, sondern auch die innere Seite der verbrecherischen Handlung, daß diese nemlich durch das Wissen und Wollen des Thäters be-

Digitized by Google

stimmt ist; dies setzt natürlich auch voraus, daß dem Thäter auch diejenigen thatsächlichen Verhältnisse, deren Vorhandensein zum Begriff des Verbrechens nothwendig war, nicht unbekannt geblieben sind. Mangelt es an dieser Voraussetzung, war also von dem Thäter anzunehmen, daß ihm die Kenntnis der rechtswidrigen Beschaffenheit seiner Handlung abging, so fehlt es an dem inneren oder subjectiven Thatbestand des Verbrechens, an dem zum Begriff des Verbrechens nothwendig gehörenden verbrecherischen Willen, das Verbrechen ist dann eigentlich nicht begangen, sondern es ist in der äußern Erscheinung der Handlung bloß ein Ereignis eingetreten.

„Wenn nun Art. 63 d. StGBuchs sagt, wenn eine Handlung nicht schon an sich, sondern nur wegen thatsächlicher, dem Thäter ohne sein Verschulden unbekannt gebliebener Umstände ein Verbrechen sei, so sei der Thäter straflos, — so hat er damit nichts anderes sagen wollen, als: wegen thatsächlichen Irrthums werde der dolus ausgeschlossen. Sonst würde man dem Gesetz den Sinn unterschieben, es könne ein doloses Verbrechen ohne den darauf gerichteten dolus begangen werden. Das alinea 2 des Art. 65 ist dann nur eine weiter zu folgernde Anwendung des al. 1 desselben Artikels und soll darnach der dolus nur in soweit angerechnet werden, als er als vorhanden anzunehmen ist. Dieses alinea 2 kann im vorliegenden Falle im Verhältnis der Artt. 94 u. 95 zu Artt. 160 u. 189 d. StGBuchs überhaupt nicht zur Anwendung kommen, da die dort und hier gedachten Verbrechen als verschiedene Verbrechen hingestellt sind, und in Artt. 94 u. 95 der Stand des Bedrohten oder Beleidigten nicht als bloßer Straferhöhungsgrund, sondern als Bestandtheil des Thatbestandes erscheint.

„Die Erkenntnisse beider vorigen Instanzen haben daher den Art. 63 d. StGBuchs nicht unrichtig ausgelegt.

„Die Artt. 29 u. 50 al. 1 des StGBuchs ändern an dem bisher Erwähnten nichts. Alinea 1 des Art. 29 und 1 des Art. 30 bestätigen nur das Gesagte, indem sie zur Strafbarkeit einer Handlung voraussetzen, daß der Thäter sich mit Absicht dazu bestimmt habe, und nur in besonders bestimmten Fällen einen eingetretenen nicht gewollten Erfolg als fahrlässige Übertretung gestraft haben wollen. Wenn al. 2 des Art. 29 dem Thäter den eingetretenen Erfolg auch dann als vorsätzlich angerechnet haben will, wenn er diesen Erfolg nicht ausschließlich, sondern unbestimmt diesen oder einen andern Erfolg beabsichtigte, ingleichen, wenn er ohne den Zweck seiner Handlung sich bestimmt zu vergegenwärtigen, nur überhaupt eine Rechtsverletzung beabsichtigte, so ändert auch dies an der vorher gegebenen rechtlichen Auffassung des Art. 63 d. StGBuchs nichts.

„Das dritte al. des Art. 29 endlich, wornach die Zurechnung zum Vorsatz nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß ein Verbrecher seine verbrecherische Handlung irrthümlich gegen eine andere Person oder Sache richtet, als diejenige, worauf seine Absicht eigentlich ging, setzt den Fall voraus, daß die irrthümlich gegen eine andere Person oder Sache, als eigentlich beabsichtigt war, begangene Handlung gerichtet, eben dasselbe Verbrechen enthält, welches sie enthalten haben würde, wenn sie gegen die Person oder Sache begangen worden wäre, welche nach Absicht des Thäters davon betroffen werden sollte.

„Die erste Beschwerde der Fürstlichen Staatsanwaltschaft ist demnach unbegründet.

Digitized by Google

„Was die zweite Beschwerde betrifft, daß der Mangel eines erforderlichen Strafantrags angenommen worden, so ist sie, sofern sie auf Nr. 2 des Art. 306 d. StPOrdn. gegründet werden sollte, unzulässig, denn dieser Nichtigkeitsgrund kann nur, wie aus seinem Inhalte und aus Art. 515 zu Nr. 2 zu ersehen ist, von dem Angeklagten geltend gemacht werden, nicht aber gegen denselben. Aber auch nach Nr. 5 u. 6 des Art. 506 d. StPO., wenn man diese Bestimmungen überhaupt auf einen Fall, wie der vorliegende, für anwendbar halten wollte, würde das, was von Fürstl. Staatsanwaltschaft desfalls vorgebracht worden ist, nicht mit Erfolg geltend gemacht werden können, denn es liegt kein Umstand vor, welcher darauf hindeutet, daß das Erkenntnis voriger Instanz durch unrichtige Gesetzesauslegung angenommen habe, es komme bei Stellung eines Strafantrags grundsätzlich auf die rechtliche Subsumtion an, welche vom Antragsteller angenommen worden sei, sondern das vorige Erkenntnis hat nur durch Auslegung des fraglichen Ministerialreskripts thatsächlich angenommen, es habe ein Antrag auf Verfolgung von Privatinjurien oder Privatdrohungen nicht gestellt werden sollen und gegen thatsächliche Feststellungen findet bei Nr. 5 und 6 des Art. 306 d. StPOrdn. keine Nichtigkeitsbeschwerde statt."

CCCLXXXIX.

Zu Art. 287 u. 306 Ziff. 4 d. StPOrdn.

Gegen Herrm. Sch. aus L. wurde vor dem Schwurgericht zu Eisenach eine Anklage wegen Fälschung und Betrugs verhandelt. Unter den Betrogenen befanden sich verschiedene Personen zu Leipzig, welche bei dem Beginn der Voruntersuchung von der Polizeibehörde zu Leipzig und bei dem dasigen Kreisgericht Strafanträge gegen den Angekl. gestellt hatten. Nachdem bei der Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht die an die Geschworenen zu stellenden Fragen bestimmt worden waren, beantragte der Vertheidiger zu der das Verbrechen des Betrugs betreffenden Frage mit Rücksicht auf Art. 238 al. 3 d. StGB. die Stellung einer eventuellen näher formulirten Frage. Gegen die Zulassung dieser eventuellen Frage hatte der Präsident des Gerichtshofs persönlich kein Bedenken, auch der Vertreter der Oberstaatsanwaltschaft sprach sich mit Rücksicht auf das in der Anklageschrift Angeführte für Gestattung der eventuellen Frage in Bezug auf den gegen den Gastwirth A. verübten Betrug aus, bestritt dagegen die Zulässigkeit derselben hinsichtlich der übrigen Punkte. Der Gerichtshof zog sich hierauf in das Berathungszimmer zurück und der Präsident eröffnete nach der Rückkehr in den Sitzungssaal die Entschließung des Gerichtshofs dahin: Es sei, da neue Merkmale, welche die Annahme eines Betrugs in Vertragsverhältnissen rechtfertigen könnten, in der heutigen Verhandlung nicht hervorgetreten wären, kein Grund vorhanden, von dem Verweisungsbeschluß abzugehen und die beantragte eventuelle Fragstellung sei demgemäß in Hinblick auf Art. 256 d. StPOrdn. unzulässig.

Digitized by Google

Nachdem hierauf die gestellten Fragen von den Geschworenen einstimmig bejaht worden waren, verurtheilte der Gerichtshof den Angekl. zu einer Strafe von 5 Jahren Arbeitshaus, welche nach den einzelnen angeklagten Verbrechen nach Art und Dauer unter Bezugnahme auf die Artt. 236, 46, 47 u. 53 d. StGBuchs näher motivirt war.

Gegen dieses Erkenntnis wendete der Vertheidiger des Angekl. Nichtigkeitsbeschwerde ein u. a. nach Art. 306 Ziff. 4 der StPOrdn., weil die Stellung der oben erwähnten eventuellen Frage an die Geschworenen vom Gerichtshof versagt worden sei.

Durch OAGUrtheil vom 24. Mai 1865 (Nr. 71) ist diese Nichtigkeitsbeschwerde für begründet erachtet und das Urtheil des Schwurgerichtshofs v. 16. Febr. 1865 als nichtig wieder aufgehoben worden ꝛc. aus folgenden Gründen:

„ꝛc. Der dritte Nichtigkeitsgrund besteht darin, daß dem Angeklagten bei der Hauptverhandlung ungeachtet eines an das Gericht gestellten ausdrücklichen Antrags Befugnisse zu Proceßhandlungen gesetzwidrig beschränkt und versagt worden seien, welche als Mittel der Vertheidigung anzusehen seien.

„Da der Antrag auf Stellung einer Frage an die Geschworenen hier unbedenklich als ein Mittel der Vertheidigung anzusehen, ein solcher Antrag ausdrücklich an das Gericht gestellt und von letzterem abgelehnt worden ist, so fragt es sich in Hinblick auf die Bestimmung in der StPOrdn. Art. 306 Nr. 4 nur noch darum, ob diese Ablehnung gesetzwidrig geschehen sei.

„Wenn der Gerichtshof seinen abweisenden Beschluß durch die Bemerkung zu begründen sucht, daß, da bei der Hauptverhandlung neue Merkmale, welche die Annahme eines Betrugs in Vertragsverhältnissen rechtfertigen könnten, nicht vorgekommen, kein Grund vorhanden sei, von dem Verweisungsbeschlusse abzugehen und die beantragte eventuelle Fragstellung demgemäß nach Art. 256 d. StPOrdn. unzulässig sei, — so kann dieses als zutreffend nicht erachtet werden. Abgesehen davon, daß bereits in der Anklageschrift, wenigstens in Beziehung auf den Gastwirth A., der fragliche Betrug als ein Betrug bei Eingehung von Verträgen bezeichnet ist, so würde auch die Annahme eines solchen, da das Strafgesetz und das Strafmaß für den Betrug bei Eingehung von Verträgen dieselben sind, wie bei dem sonstigen Betrug, und der im Verweisungsbeschlusse angezogene Artikel 236 des StGBuchs auch für den Betrug bei Eingehung von Verträgen das einschlagende Strafgesetz ist, eine Abweichung vom Verweisungsbeschlusse in keiner Weise begründen.

„Der Art. 256 d. StPOrdn. greift daher nicht Platz. Da aber nach Art. 238 Abs. 3 d. StGBuchs der Betrug bei Eingehung von Verträgen nur dann bestraft wird, wenn der Irrthum des Andern sich auf Verhältnisse bezieht, bei welchen den Umständen nach anzunehmen ist, daß der Andere den Vertrag gar nicht oder anders abgeschlossen haben würde, wenn er die Verhältnisse in ihrer wahren Lage gekannt hätte, so hat die auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmung vom Vertheidiger beantragte Fragstellung offenbar den Zweck, einen Strafausschließungsgrund zu constatiren. Nun schreibt Art. 287 Abschnitt 4 der StPOrdn. vor, daß auf Thatsachen, welche die

Digitized by Google

Verhängung einer Strafe ausschließen, geeigneten Falls besondere Fragen an die Geschworenen gestellt werden sollen.

„Obschon diese Vorschrift nicht unbedingt lautet, so kann doch auch nicht angenommen werden, daß diese Fragstellung ganz dem freien Ermessen des Gerichtshofs anheim gestellt sei.

„Keinesfalls kann darnach der Gerichtshof für befugt erachtet werden, das Vorhandensein solcher behaupteten Thatsachen, welche die Verhängung eine Strafe ausschließen, selbst zu verneinen und die Beantwortung dieser Frage den Geschworenen zu entziehen.

„Es muß folglich als ein Verstoß gegen die Bestimmung des angeführten Art. 287 angesehen werden, wenn der Gerichtshof das Vorhandensein eines Betrugs in Vertragsverhältnissen und somit die Thatsache, welche möglicherweise die Verhängung einer Strafe ausschließen könnte, selbst verneint hat, anstatt diese Frage den Geschworenen vorzulegen.

„Ist aber sonach die Ablehnung des fraglichen Antrags gesetzwidrig geschehen, so liegt nach obigem der Nichtigkeitsgrund 4 des Art. 306 d. StPO. vor. Derselbe muß, obschon die Beschwerde nur gegen die Verurtheilung unter II des Erkenntnisses voriger Instanz gerichtet ist, doch die Aufhebung dieses Erkenntnisses, soweit es den Angeklagten verurtheilt, im Ganzen zur Folge haben, da die partielle Strafe unter II von der Gesammtstrafe von fünf Jahren Arbeitshaus, womit der Verlust der staatsbürgerlichen Rechte auf 5 Jahre und die Stellung unter polizeiliche Aufsicht auf gleiche Zeit verbunden ist, nicht getrennt werden kann."

CCCXC.

Über die Giltigkeit der von dem Fürstl. Landrathsamt Frankenhausen erlassenen Straßenpolizeiordnung vom 4. Nov. 1858.

Auf Grund der vorerwähnten Straßenpolizeiordnung war der Bäckermeister Schr. zu Frankenhausen deshalb, weil er dem §. 24 derselben entgegen Flüssigkeiten und Asche auf die Straße geworfen haben sollte, auf desfallsigen Strafantrag der Staatsanwaltschaft durch Bescheid des ꝛc. Justizamts zu Frankenhausen in 2 Thlr. Geldstrafe verurtheilt worden. Er appellirte dagegen behauptend, es stehe nicht fest, daß er diese Zuwiderhandlung begangen habe, dieselbe vielmehr, wenn sie überhaupt vorgekommen, seiner Dienstmagd zur Last falle, welche dabei gegen sein ausdrückliches Verbot gehandelt habe. Das ꝛc. Kreisgericht Sondershausen hob dieser Ansicht auf Grund des §. 24 und 26 der erwähnten Verordnung beitretend das justizamtliche Erkenntnis wieder auf, die ꝛc. Staatsanwaltschaft wendete dagegen Nichtigkeitsbeschwerde ein nach Art. 306 Ziff. 5 u. 6 d. StPOrdn., es ist aber dieselbe durch OAGUrtheil vom 31. Mai 1865 (Nr. 90) verworfen worden aus folgenden Gründen:

„Von einer Anwendung der erwähnten Straßenpolizeiordnung kann jedoch überhaupt nicht die Rede sein, weil ihr die gesetzliche Giltigkeit, die von Richteramtswegen zu prüfen ist, abgeht. Diese Verordnung enthält nemlich mit Strafandrohung verbundene Bestimmungen für die sämmtlichen

Digitized by Google

Dorfschaften des Landrathsamtsbezirks Frankenhausen, welche die Herstellung und Sicherung des ungehinderten Verkehrs, der Ruhe, Ordnung und des Anstands, sowie der Reinlichkeit auf den Dorfstraßen bezwecken; die darin ausgesprochenen Ge- und Verbote sind nicht für einzelne Fälle erlassen, umfassen vielmehr das ganze Gebiet der Straßenpolizei auf den Straßen der Dorfschaften des Landrathsamtsbezirks, während nach §. 1 des Gesetzes vom 9. März 1855 über die Strafandrohung durch die Polizeibehörden und den Erlaß polizeilicher Verordnung, den mit der Polizeiverwaltung betrauten Personen und Behörden (den Gemeindevorständen, den Fürstl. Landrathsämtern und dem Fürstl. Ministerium) nur das Recht eingeräumt ist, zum Zweck der Handhabung der Orts- und Landespolizei für einzelne Fälle, d. h. für einzelne polizeiwidrige Vorkommnisse Ge- und Verbote mit Strafandrohung zu erlassen, und nach §. 2 bloß den einzelnen Abtheilungen des Ministeriums innerhalb ihres Ressorts und dem Fürstl. Gesammtministerium unter der im §. 3 gedachten Beschränkung die Befugnis zusteht, mit Genehmigung des Fürsten polizeiliche Verordnungen mit Strafandrohung für das ganze Land zu erlassen, welche allgemeine Polizeiverordnungen durch die Gesetzsammlung publicirt werden sollen. Hiernach haben die Fürstl. Landrathsämter überhaupt nicht die Befugnis zum Erlaß solcher allgemeiner, nicht auf einzelne Fälle beschränkter Polizeiverordnungen, wie die vorliegende, bloß im Frankenhäuser Intelligenzblatt bekannt gemachte Straßenpolizeiordnung vom 4. Nov. 1858 ist. Dieselbe ermangelt daher der gesetzlichen Giltigkeit und es kann deshalb auch in ihren Bestimmungen, insbesondere im §. 24 kein einschlagendes Strafgesetz für die in Frage stehende That gefunden werden, ohne daß auf die Auslegung einzelner Paragraphen derselben weiter einzugehen ist." ꝛc.

CCCXCI.

Zu §§. 18 u. 41 der (Weimar.) Gewerbeordnung vom 30. April 1862.

Im §. 18 des vorerwähnten Gesetzes ist die Ausführung und Leitung von Bauten von dem Beweise besonderer Befähigung abhängig gemacht und im §. 41 derjenige, welcher ein an den Nachweis der Befähigung gebundenes Gewerbe betreibt, ohne diese Befähigung nachgewiesen zu haben, mit Geldstrafe bis zu 50 Thlr. bedroht.

Auf Grund dieser Vorschriften wurde von der Staatsanwaltschaft Anklage erhoben gegen 4 Maurergesellen St. und H. zu U. und den Zimmergesellen Z. daselbst, weil sie bei einem von dem Schmiedemeister L. das. unternommenen Neubau einer Schmiede mit Stockwerk die dabei nöthig gewesenen Maurer- und resp. Zimmerarbeiten gefertigt hätten und das erwähnte Gebäude ohne Aufsicht eines Baumeisters aufgeführt worden sei. Bei der stattgehabten Hauptverhandlung versicherte der Schmiedemeister L., daß er keinem der Angeklagten den Bau zur Ausführung übertragen, derselbe vielmehr unter seiner eigenen Aufsicht vollendet worden sei und die Angekl. bloß einzelne Dienste dabei geleistet hätten. Das Justizamt zu W. sprach deshalb die Angeklagten frei.

Digitized by Google

Gegen dieses freisprechende Erkenntnis appellirte die ꝛc. Staatsanwaltschaft und focht die desfallsige Auslegung der §§. 18 u. 41 der Gewerbeordnung als unrichtig an. Das Kreisgericht zu W. verurtheilte jeden der Angekl. in 10 Thlr. Strafe wegen Zuwiderhandlung gegen §. 41 der Gewerbeordnung und führte in den Gründen aus: es müsse eine selbständige Ausführung von Bauten dann angenommen werden, wenn dieselbe erfolgt sei ohne Aufsicht und Leitung eines mit Befähigungsnachweis versehenen Sachverständigen, es stehe hier aber fest, daß die Angekl. den fragl. Bau, wenn auch nicht nach der übrigens unsichern Aussage des L. (mehr unter seiner Aufsicht ꝛc.) selbständig geleitet, so doch ohne Aufsicht eines Befugten, also selbständig ausgeführt hätten, während ihnen ein Befähigungszeugnis nicht zur Seite gestanden habe.

Gegen dieses verurtheilende Kreisgerichtserkenntnis wendeten die Angekl. nach Art. 306 Ziff. 5 d. StPOrdn. Nichtigkeitsbeschwerde ein und es ist darauf ein cassatorisches Urtheil des OAGerichts vom 31. Mai 1865 (Nr. 91) erfolgt, dessen Gründe Folgendes besagen:

„Wenn §. 18 in Verbindung mit §. 41 der Gewerbeordnung denjenigen mit Strafe bedroht, welcher die selbständige Ausführung und Leitung von Bauten unternimmt, ohne die Befähigung dazu nachgewiesen zu haben, so kann, wenn man auch die Worte: „„Ausführung und Leitung"" für gleichbedeutend mit Ausführung oder Leitung nimmt, doch nicht ein Jeder als gegen das Gesetz verstoßend angesehen werden, welcher einzelne Lohnarbeiten bei einem Neubau verrichtet, dessen Leiter und Führer den erforderlichen Nachweis seiner Befähigung nicht geliefert hat. Hat ein Nichtbefähigter den Bau geleitet und ausgeführt, so kann nur er selbst strafbar sein, nicht aber hat das Gesetz seine Lohn- und Hilfsarbeiter dafür verantwortlich gemacht, daß der Bauführer den Befähigungsnachweis nicht geliefert hat, sie sind vielmehr straflos, wenn überhaupt irgend ein Anderer, sei er befähigt oder nicht, den Bau geleitet und ausgeführt hat. Hätte dies anders sein sollen, so hätte das Gesetz alle Mitwirkung und alles Arbeiten bei einem Bau, dessen Leiter und Führer den Nachweis seiner Befähigung nicht geliefert hat, mit Strafe bedrohen müssen, nicht aber bloß die selbständige Ausführung und Leitung von Bauten. Wenn daher das Erkenntnis voriger Instanz sagt: eine selbständige Ausführung von Bauten müsse dann angenommen werden, wenn dieselbe erfolge ohne Aufsicht und Leitung eines mit Befähigungsnachweis versehenen Sachverständigen, so hat dasselbe das Strafgesetz unrichtig ausgelegt, und da das Erkenntnis nicht selbständig thatsächlich festgestellt hat, daß die Angeklagten den Bau selbständig geleitet oder ausgeführt haben, sondern da es die selbständige Ausführung nur aus seiner unrichtigen Gesetzesauslegung folgert, so hat dasselbe eine Handlung als eine Übertretung bestraft, für welche ein einschlagendes Strafgesetz nicht vorhanden ist."

Digitized by Google

CCCXCII.

Zu Artt. 201 u. 208 d. StPOrdn.

Gegen den Rechtsanwalt Ch. zu S. war Anklage erhoben worden wegen namenloser Beleidigung gegen das dasige Kreisgericht; das Kreisgericht hatte einen der Anklage fügenden Verweisungsbeschluß ertheilt. Der Angekl. wendete gegen diesen Beschluß Nichtigkeitsbeschwerde u. a. auch deshalb ein, weil ein nicht zuständiges Gericht das Verweisungserkenntniß beschlossen und die Sache vor ein nicht zuständiges Gericht verwiesen habe. Durch OAGErkenntnis vom 11. Mai l. J. (Nr. 99) ist diese Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen worden aus folgenden Gründen:

„Der vom Angeklagten aufgestellte Nichtigkeitsgrund, daß ein nicht zuständiges Gericht das Verweisungserkenntnis beschlossen und die Sache vor ein nicht zuständiges Gericht verwiesen habe, indem nicht das Schwarzburg-Rudolstädtische, sondern das Schwarzburg-Sondershäusische Gericht zu Sondershausen für competent zu achten sei — ist unbegründet. Es bestehen in Sondershausen nicht etwa drei Kreisgerichte, ein Großherzogl. Weimarisches, ein Schwarzburg-Rudolstädtisches und ein Schwarzburg-Sondershäusisches, welche etwa nur mit denselben Personen besetzt wären, sondern nach dem Staatsvertrag vom 25. März, 9. und 15. April 1850 besteht in Sondershausen nur ein einziges gemeinschaftliches Kreisgericht. Zwar ist diesem Gerichte — B. Art. 19 des angeführten Staatsvertrags — vorgeschrieben, je nach den Ländern, aus welchen die einzelne Sache an dasselbe gediehen ist, sich der Benennung: Großherzogl. Sächsisches resp. Schwarzburg-Rudolstädtisches oder Schwarzburg-Sondershäusisches Kreisgericht zu bedienen, allein das sind doch nur verschiedene Benennungen für ein und dasselbe Gericht, eine unrichtig angewendete Benennung kann man nicht als eine Substituirung eines ganz andern unzuständigen Gerichts ansehen und ein Irrthum oder eine Verwechselung der richtigen Benennung muß später noch berichtigt werden können, wie dies auch von Fürstl. Staatsanwaltschaft und von dem gemeinschaftlichen Kreisgericht geschehen ist."

CCCXCIII.

Über die Aufhebung der deutschen Grundrechte in Betreff der Preßvergehen im Herzogthum Coburg durch die Landesverfassung vom 3. Mai 1852 u. Art. 2 der StPOrdnung.

Der Rechtsanwalt St. zu C. war wegen Beleidigung der Großherzoglichen Mecklenb.-Schwerinschen Minister mittels eines durch die Presse veröffentlichten Artikels durch Beschluß des ꝛc. Kreisgerichts zu C. in den Anklagestand versetzt worden und sollte die desfallsige Hauptverhandlung vor dem Kreisgericht zu C. stattfinden. Gegen diesen Verweisungsbeschluß wendete der Angekl. Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil die Hauptverhandlung vor ein unzuständiges Gericht gewiesen worden sei, nemlich vor das Kreisgericht zu C., während sie vor das Geschwornengericht hätte gewiesen werden sollen nach der Vorschrift der auch in Coburg rite publicirten Grundrechte des deutschen Volks. Die spä-

Digitized by Google

tere Aufhebung der Grundrechte durch das Einführungsgesetz der Landesverfassung vom 3. Mai 1852, sowie in Betreff der Competenz der Geschwornengerichte durch die Strafproceßordnung sei null und nichtig, da die Grundrechte die Vorschrift enthielten, daß dieselben durch keine Verfassung oder Gesetzgebung eines deutschen Einzelstaats je wieder aufgehoben oder beschränkt werden könnten.

Durch Erkenntnis des Ges. OAG. v. 31. Mai 1865 (Nr. 108) ist diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen worden aus folgenden Gründen:

„Will man auch nicht auf die Frage eingehen, ob das als vorliegend angenommene Preßvergehen, welches zwar durch den Staatsanwalt, aber doch nur auf Antrag der vorgesetzten Dienstbehörde der Beleidigten verfolgt wird, als ein von Amtswegen zu verfolgendes zu betrachten ist, so kann doch von fortdauernder Anwendbarkeit der betr. Vorschrift der Grundrechte des deutschen Volkes überhaupt nicht die Rede sein.

„Durch Art. 2 des Einführungsgesetzes zur Landesverfassung v. 3. Mai 1852 sind die bis dahin in Giltigkeit gewesenen Grundrechte des deutschen Volkes im Allgemeinen und durch Art. 2 d. StPOrdn. ist die ausschließliche Competenz der Schwurgerichte für Preßvergehen aufgehoben worden und sollen die Preßvergehen wie andere Gesetzverletzungen hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit je nach der Größe des ihnen im Gesetz angedrohten Strafsatzes beurtheilt werden. Beide aufhebende Gesetze sind unter Zustimmung der Stände und nach der jetzt in ruhiger Übung bestehenden Landesverfassung auf giltige Weise gegeben worden. Keine Verclausulirung aber, daß ein Gesetz für immer gelten und niemals abgeändert werden solle, kann je eine durch die verfassungsmäßigen Gewalten bewirkte spätere Abänderung oder Aufhebung eines Gesetzes hindern. Wenn nun namentlich die verfassunggebende deutsche Reichsversammlung den Beschluß verkündigt hat, daß die Grundrechte dem deutschen Volke gewährleistet seien, und daß kein deutscher Einzelstaat sie je solle aufheben oder beschränken können, so hatte dies seine Bedeutung in den damaligen Verhältnissen und öffentlichen Zuständen, wornach durch die Reichsversammlung und die Reichsverfassung eine Beschränkung der Souveränetät der deutschen Einzelstaaten zu Gunsten der Reichseinheit bezweckt wurde; nachdem jedoch die deutsche Reichsverfassung notorischermaßen theils gar nicht in Wirksamkeit getreten, theils wenigstens durch die späteren Ereignisse wieder beseitigt worden ist, so sind die deutschen Einzelstaaten unbezweifeltermaßen wieder in den Besitz ihrer vollen Souveränetät getreten, und es ist mit der Reichsverfassung und der Reichsgewalt die Gerantie für die Grundrechte und ihre Unantastbarkeit für die Einzelstaaten weggefallen. Ob diese gar nicht abzuleugnenden politischen Veränderungen mit Recht oder mit Unrecht eingetreten sind, kann nicht Gegenstand der richterlichen Beurtheilung und Besprechung sein, denn für den Richter ist das in ruhiger Übung bestehende Verfassungsrecht des Landes maßgebend und er steht nicht über, sondern unter demselben.

„Nach dem sonach in Giltigkeit bestehenden Art. 2 d. StPOrdn. vergl. mit Art. 370 ders. und Art. 189 d. StGBuchs gehören aber Vergehen der vorliegenden Art, da ihnen nur ein Strafsatz bis zu 3 Monaten Gefängnis angedroht ist, zur Zuständigkeit der Kreisgerichte. Es ergibt sich hieraus,

Digitized by Google

daß die auf die Unzuständigkeit des Gerichts basirte Beschwerde des Angeklagten unbegründet ist."

CCCXCIV.

Zu §. 2 des Ges. vom 21. Sept. 1857 die Einführung der Strafproceßordnung im Herzogthum Coburg-Gotha betr. — Art. 2 u. Art. 15 Verf. u. §. 143 d. deutschen Reichsverfassung ꝛc. u. Art. 98 d. StGBuchs.

Wegen eines in Nr. 53 der zu Coburg erscheinenden allgem. Arbeiterzeitung abgedruckten Artikels vom 5. Jan. 1864 erhob auf Anordnung des ꝛc. Staatsministeriums die ꝛc. Staatsanwaltschaft zu Coburg bei dem dasigen Kreisgericht gegen den Rechtsanwalt Streit und der Schriftsteller Dr. Struve das. Anklage wegen ehrverletzender Äußerungen gegen deutsche Regenten und ihre mit repräsentativem Charakter bekleidete Bevollmächtigte auf Grund des Art. 98 d. StGBuchs, sowie wegen Drohens mit staatsgefährlichen Handlungen auf Grund des Preßgesetzes vom 6. October 1851 Art. 17 Abs. 5. Es erfolgte ein dieser Anklage entsprechender Verweisungsbeschluß des Kreisgerichts, durch welchen die Sache zur Hauptverhandlung vor das Kreisgericht zu Coburg verwiesen wurde. Gegen diesen Verweisungsbeschluß wurde ein Rechtsmittel nicht eingewendet. Bei der Hauptverhandlung brachten aber beide Angekl. die Einrede der Incompetenz des Kreisgerichts vor und zwar auf Grund des Art. IV der Grundrechte des deutschen Volks §. 143 der deutschen Reichsverfassung, wornach „über Preßvergehen, welche von Amtswegen verfolgt werden, durch Schwurgerichte geurtheilt" werden solle ꝛc. Dieser Einrede trat der Staatsanwalt mit dem Bemerken entgegen, daß nach dortiger gesetzlicher Bestimmung Preßvergehen vor das Kreisgericht und nicht vor das Schwurgericht gehörten ꝛc. — In dem am Schluß der Hauptverhandlung von dem Kreisgericht ertheilten Erkenntnis wurde die Einrede der Incompetenz verworfen und in der Sache selbst wegen der angeklagten ehrverletzenden Äußerungen gegen beide Angeklagte nach Art. 98 d. StGB. auf 1 monatige Gefängnisstrafe erkannt, die Verwerfung der Einrede der Incompetenz im wesentlichen durch dieselben Gründe motivirt, welche in dem weiter unten folgenden OAGUrtheil an- und ausgeführt sind. Beide Angeklagte fanden sich durch dieses Erkenntnis beschwert und appellirten gegen dasselbe, wegen Verwerfung der Incompetenzeinrede zugleich Nichtigkeitsbeschwerde beifügend. Bei der hierauf vor dem ꝛc. Appellationsgericht zu Gotha stattgefundenen Verhandlung über dieses Rechtsmittel ersuchte der Präsident die beiden persönlich erschienenen Angekl. den für die Angekl. bestimmten Platz einzunehmen, sie verlangten aber die Herrichtung eines solchen Platzes für sie, an welchem sie schreiben könnten, um während der Verhandlung Notizen sich ma-

Digitized by Google

chen zu können. Es fand hierüber eine Incidenterörterung statt, dessen schließliches Resultat dahin ging, daß die Angekl. die für sie bestimmten Plätze unter Verwahrung einnahmen. Nach weiterer Verhandlung der Sache selbst erkannte das ꝛc. Appellationsgericht auf die Appellation der Angekl., daß die Nichtigkeitsbeschwerde, die Incompetenz des Kreisgerichts betr. als formell und materiell unbegründet zu verwerfen sei, dagegen im übrigen die Appellation in soweit für begründet zu erachten, daß die Angeklagten unter Abänderung von einer nach Art. 98 d. StGBuchs zu verfolgenden Beleidigung von mit repräsentativem Charakter bekleideten Bevollmächtigten deutscher Regenten freigesprochen wurden, im übrigen aber die Appellation als unbegründet zu verwerfen sei. — Wegen Verwerfung der Incompetenzeinrede wurde in den Gründen bemerkt, gegen eine Definitivsentenz lasse die StPO. Art. 306 auf einen solchen Grund hin eine Nichtigkeitsbeschwerde überall nicht zu, diese sei daher schon formell unstatthaft.

Gegen dieses Erkenntnis wendeten die Angeklagten Nichtigkeitsbeschwerde ein 1) auf Grund der Artt. 332, 306 Ziff. 3, 197 und 207 der StPOrdn. wegen Verwerfung der Incompetenzeinrede; 2) auf Grund der Artt. 332 u. 306 Ziff. 4 d. StPOrdn. wegen Beschränkung ihrer Vertheidigung durch Anweisung eines sie hierin beschränkenden Platzes ꝛc.; auf Grund der Artt. 332, 306 Ziff. 7 u. Art. 329 d. StPO., weil das Appellationsgericht, ungeachtet der Freisprechung der Angekl. von der auf Art. 98 d. StGB. gegründeten Anklage, auf die Appellation der Staatsanwaltschaft die Strafe auf 3 Monate Gefängnis erhöht habe und damit über die Appellation der Staatsanwaltschaft hinaus gegangen sei.

Durch OAGUrtheil v. 28. Juni 1865 (Nr. 16) ist diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und in den Gründen Folgendes ausgeführt worden:

„Was die von den Angeklagten erhobene erste Nichtigkeitsbeschwerde anbelangt, so kann nach d. StPOrdn., welche auf verfassungsmäßigem Wege als Landesgesetz zu Stande gekommen ist, die aus der Nichtzuständigkeit des Gerichts hergeleitete Nichtigkeit nur gegen den Verweisungsbeschluß geltend gemacht werden (Art. 207 Nr. 1), gegen das Endurtheil ist dieserhalb in Art. 306 eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht gegeben, vielmehr soll diese Nichtigkeit, falls wegen derselben eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Verweisungsbeschluß nicht erhoben worden ist, als durch Verzicht beseitigt angesehen werden, und kann daher überall nicht auf dem Wege einer gegen das später ertheilte Endurtheil gerichteten Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden (Art. 212).

„Da nun im vorliegenden Falle gegen den Verweisungsbeschluß vom 25. Juni 1864, welcher die Sache zur Hauptverhandlung vor das Kreisgericht zu Coburg verwiesen hat, eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht erhoben

Digitized by Google

worden ist, so steht die Zuständigkeit des Kreisgerichts rechtskräftig fest, und kann daher die hiergegen gerichtete Beschwerde, welche schon gegen das erstinstanzliche Endurtheil nicht zulässig war, auch nicht in dieser Instanz nach Art. 332 d. StPOrdn. wiederholt werden.

„Die Zuständigkeit des Herzogl. Appellationsgerichts wird nicht aus einem besondern Grunde, sondern nur folgeweise aus der Nichtzuständigkeit des Kreisgerichts angefochten; die desfallsige Beschwerde fällt daher mit der Zuständigkeit des Kreisgerichts von selbst hinweg.

„Hiernach ist von Erörterung des materiellen Inhalts der die Gerichtszuständigkeit betreffenden ersten Beschwerde und insbesondere von der Frage, ob die von den Angeklagten behauptete Nichtzuständigkeit hätte auf die deutschen Grundrechte gegründet werden können, gänzlich abzusehen gewesen.

„Zwar sucht die Vertheidigung auch die theilweise Giltigkeit der Strafproceßordnung mit Rücksicht auf die Grundrechte und daher, daß über die Zuständigkeit rechtskräftig entschieden sei, zu bestreiten. Es ist aber dagegen zu bemerken, daß die Grundrechte unzweifelhaft ihre rechtliche Bedeutung durch die Sachsen-Coburgische Gesetzgebung verloren haben, wie der hiesige Gerichtshof bereits mehrmals in Sachsen-Coburgischen Rechtssachen erkannt und ausgeführt hat, und hier nicht wiederholt zu werden braucht.

„Was rücksichtlich der Grundrechte in einer Sachsen-Meiningischen Sache nach Sachsen-Meiningischem Recht erkannt wurde, ist nicht auf den gegenwärtigen Fall zu beziehen.

„Wenn sodann, die zweite Beschwerde anlangend, den Angeklagten bei Eröffnung der Verhandlung vor Herzogl. Appellationsgericht diejenigen Plätze angewiesen wurden, welche nach der dortigen Gerichtseinrichtung für die Angeklagten bestimmt und von denselben auch, wenn sie sich selbst vertheidigt haben, bisher stets eingenommen worden sind, so läßt sich hierin im allgemeinen eine gesetzwidrige Maßregel in keiner Weise erblicken, und wenn auf den Einwand der Angeklagten, daß sie auf diesen Plätzen nicht wohl schreiben und Notizen machen könnten, deren sie bei ihrer beabsichtigten Selbstvertheidigung bedürften, vom Vorsitzenden des Gerichtshofs ausdrücklich weitere Verfügung für den Fall vorbehalten wurde, wenn sich wegen der Füglichkeit zu schreiben das Bedürfnis herausstellen sollte, so war es Sache der Angeklagten, falls sie im Verlauf der Verhandlung durch die Beschaffenheit ihrer Plätze wirklich in ihrer Vertheidigung und besonders in der Aufnahme der dazu erforderlichen Notizen behindert waren, hiervon dem Gericht Anzeige zu machen und die für diesen Fall ausdrücklich vorbehaltene weitere Verfügung zu beantragen. Da sie dies unterlassen haben, so liegt von Seiten des Gerichts eine Beschränkung oder Versagung von Vertheidigungsmitteln nicht vor, und die auf Grund der Nr. 4 des Art. 306 d. StPOrdn. erhobene Beschwerde ist unerfindlich.

„Die dritte Beschwerde geht dahin, daß das Appellationsgericht über die Appellation des Staatsanwalts hinausgehend auf eine Strafe über dem gesetzlichen Maß erkannt habe. Der angezogene Nichtigkeitsgrund Nr. 7 des Art. 306 würde nur dann vorhanden sein, wenn die erkannte Strafe das gesetzliche Maß überstiege; dies ist aber nicht der Fall, da die Strafe von drei Monaten Gefängnis das gesetzliche Strafmaß, welches sich nach Art. 98 d. StGBuchs bis zu einem Jahre Gefängnis erstreckt, nicht übersteigt. In dem ferner angezogenen Art. 329 d. StPOrdn. ist zwar vorge-

Digitized by Google

schrieben, daß das Appellationsgericht, nur wenn der Staatsanwalt appellirt hat, ein dem Angeklagten nachtheiliges Erkenntnis fällen kann. Gegen diese Vorschrift ist aber in voriger Instanz ebenfalls nicht gefehlt, da der Staatsanwalt gerade wegen der Höhe der Strafe appellirt hatte. Es kann daher ganz davon abgesehen werden, daß die Vorschrift in dem Art. 329 nicht bei Strafe der Nichtigkeit gegeben ist, und ein Verstoß dagegen eine Nichtigkeit nicht zur Folge haben würde.

„Wenn man endlich auch annehmen will, daß das Appellationsgericht hinsichtlich der Höhe der Strafe allerdings über die Anträge der Oberstaatsanwaltschaft hinaus ging, indem diese für beide damals noch in Frage stehenden Vergehen, nemlich die Beleidigung deutscher Regenten und die Beleidigung der Bevollmächtigten derselben, zusammen eine Strafe von drei Monaten beantragte und das Appellationsgericht, obschon es das letztere Vergehen in Wegfall brachte, für das allein übrigbleibende eine Vergehen dennoch die für beide beantragte Strafe von drei Monaten erkannte, so ist auch hierin eine Nichtigkeit überall nicht zu finden. Denn nach der StPO. Art. 259 a. E. ist der Richter rücksichtlich der Strafart und Strafgröße nicht an die Anträge des Staatsanwalts gebunden, und obschon diese Bestimmung zunächst nur für die Richter erster Instanz gegeben ist, so konnte hiervon doch auch das Appellationsgericht Gebrauch machen, da es nach Art. 329 der StPOrdn. auf die Appellation des Staatsanwalts mit den Befugnissen des Richters erster Instanz (Art. 254 flg.) zu erkennen hatte."

Bei der Verhandlung der Sache vor dem OAG. hatten sich beide Angekl. persönlich eingefunden und an dem für die Vertheidiger bestimmten Tisch Platz genommen. Nach Aufruf der Sache eröffnete das Präsidium den beiden Angekl., daß nach Art. 202 d. StPO. nur der ꝛc. Streit zur Verhandlung zuzulassen, dem ꝛc. Struve dagegen dies zu versagen sei und dieser daher in den Zuhörerraum sich zu begeben habe. ꝛc. Streit beantragte die Zulassung des ꝛc. Struve, welcher Richter gewesen, Dr. juris sei und deshalb auch für einen Anderen auftreten könne, um wie viel mehr für sich selbst. Das Präsidium inhärirte aber seiner Anordnung, worauf ꝛc. Struve Recurs an den Gerichtshof einwendete. Derselbe faßte darauf den Beschluß: daß es bei der Entscheidung des Präsidenten des Gerichtshofs zu belassen, nur der Rechtsanwalt Streit zur Verhandlung zuzulassen, dem Angekl. Dr. Struve aber die Zulassung zu versagen sei; unter Bezugnahme auf Artt. 311 u. 202 d. StPOrdn.

Nekrolog.

Wieder ist einer der Männer aus dem Leben geschieden, welche vor nunmehr 12 Jahren das Zustandekommen der vorliegenden Zeitschrift ꝛc. durch die Zusicherung ihrer Mitwirkung mitgefördert und durch ihren literärischen Ruf Vertrauen zur Ausführung dessen erweckt haben, was

Digitized by Google

in dem S. 1 ff. Bd. I enthaltenen Vorwort als Aufgabe dieser Zeitschrift hervorgehoben worden war.

Am 8. Juli d. J. starb hier Dr. jur. Karl Wilhelm Ernst Heimbach, Vicepräsident und erster nichtakademischer Rath des hiesigen Ges.-Oberappellationsgerichts. Er war geboren am 29. Sept. 1803 zu Merseburg, wo sein Vater Werner Conrad Ernst Heimbach damals als Stiftsregierungssecretär angestellt war, im Jahre 1810 zum Consistorial-Protonotar zu Leipzig befördert wurde, und seit 1817 die Stelle des Stadtschreibers, seit 1831 die eines Stadtgerichtsraths daselbst bekleidete.

Über den ersten Jugendunterricht und die weitere geistige Entwickelung des Verstorbenen verdankt der Herausgeber einem Jugendfreund und nahen Verwandten desselben interessante Notizen, von welchen er mehrere bei der folgenden Darstellung mitbenutzt hat. Er hatte unter Anleitung seiner Mutter Henriette geb. Prasse schon in einem Alter von $3\frac{1}{2}$ Jahr das Lesen erlernt, es genügten ihm aber zu seiner Beschäftigung nicht die für Kinder eingerichteten Lesebücher, er beschäftigte sich vielmehr von nun an eifrig mit einer in der Bibliothek seines Vaters vorgefundenen ziemlich voluminösen Chronik und brachte es durch dieses emsige Lesen dahin, daß er in seinem 5. Lebensjahr diese Chronik bereits dreimal nicht bloß flüchtig, sondern mit solcher Aufmerksamkeit gelesen hatte, daß er mit Hilfe seines schon damals bemerkbaren eminenten, alle Jahrzahlen und Thatsachen festhaltenden Gedächtnisses über jede nur irgend wichtige in der Chronik vorkommende Begebenheit genaue und sichere Auskunft zu geben und sich selbst mit Erwachsenen über geschichtliche Gegenstände zu unterhalten vermochte.

Den schon so strebsamen Knaben frühzeitig zur Schule zu schicken, fanden die Eltern nicht für rathsam. Erst nach der im Jahr 1810 erfolgten Übersiedlung derselben nach Leipzig bekam der Knabe einige wenige Privatstunden. Die Fortschritte in den ihm hiebei gebotenen Unterrichtsgegenständen waren so überraschend, daß bei der am 6. Oct. 1812 erfolgten Aufnahme des 9jährigen Knaben in die Thomasschule derselbe für die Quarta genügend vorbereitet befunden wurde.

Ungeachtet des vom Vater zu erkennen gegebenen Wunsches, seinen Sohn bei dem Aufrücken in eine höhere Klasse thunlichst zurückzuhalten, damit er nicht zu jung die Universität bezöge, war er zu Michaelis 1817 bereits so weit aufgerückt, daß er in die Prima versetzt werden sollte. Der Vater verhinderte dies dadurch, daß er die durch die Anstellung seines Schwagers Baumgarten-Crusius als Conrector der Kreuzschule zu Dresden dargebotene besondere Gelegenheit benutzend seinen Sohn demselben als Kostgänger übergab und derselbe von nun an

Digitized by Google

diese Schule besuchte, in deren Secunda er eintrat. Privatfleiß und Selbststudium war den Schülern ganz besonders zur Pflicht gemacht und H. genügte derselben dergestalt, daß er bereits in dem ersten halben Jahr seines Aufenthalts in Dresden die ganze Odyssee schriftlich übersetzt hatte und das desfallsige Manuscript bei dem nächsten Ostereramen fertig vorlegen konnte. Sein Privatstudium erstreckte sich weiter auf den ganzen Thucydides, auf sämmtliche Werke des Cicero, auf den Tacitus und auf die griechischen Tragiker, welchen er sich mit besonderer Vorliebe zuwendete; daneben beschäftigte er sich auch fortwährend mit Geschichte und war in den Jahreszahlen so fest und sicher, daß häufig sein Lehrer und Onkel Baumgarten-Crusius, wenn ihm die Jahrzahl augenblicklich nicht erinnerlich war, keinen Anstand nahm, H. aufzurufen, um seinem Gedächtnis zur Hilfe zu kommen. Zu Michaelis 1820 verließ H. die Kreuzschule. Erst 17 Jahre alt nahm er das Anerbieten des Geh. Archivars Dr. Tittmann zu Dresden an, dessen beide Söhne zu unterrichten und ihr Führer zu sein, welche Stellung ihm zugleich die Gelegenheit darbot, durch die ausgebreiteten Kenntnisse dieses Mannes sich selbst für seinen künftigen Beruf vorzubereiten.

Zu Ostern 1821 bezog H. die Universität Leipzig und hörte daselbst die Vorlesungen von Haubold, Weisse, Biener, v. Langenn, Einert und Anderen; er erfreute sich des besonderen Wohlwollens Haubold's, Einert's und von Langenn's.

Am 8. März 1824 bestand er das juristische Baccalaureatsexamen. Haubold hatte die Leitung dieser Prüfung übernommen, erkrankte aber vorher und ein anderer Professor übernahm diese Prüfung. Mit dem am 24. März erfolgten Ableben Haubold's war außer dem nachher als Staatsrath nach Dorpat berufenen Otto, welcher alternirend mit Haubold im Wintersemester über Institutionen, im Sommersemester über Pandekten gelesen hatte, im Augenblick niemand vorhanden, welcher die Vorlesungen über Institutionen für das Sommersemester übernehmen konnte. H. entschloß sich schnell ein Heft zu den Institutionen auszuarbeiten, es wurde dieses Heft während der Ostermesse 1824 soweit fertig, daß H. die angekündigte Vorlesung vor einer zahlreichen Zuhörerschaft beginnen konnte und bei derselben aufmunternden Beifall fand. Dieser Erfolg feuerte ihn an, auch ein Heft für die Pandektenvorlesung auszuarbeiten und diese für das Wintersemester anzukündigen. Er fand auch für diese Vorlesung zahlreiche Zuhörer und war genöthigt, auf ein größeres, mindestens 60 Zuhörer fassendes, Auditorium Bedacht zu nehmen. Nachdem er neben diesen anstrengenden Arbeiten noch das examen rigorosum bestanden hatte, bearbeitete er die ziemlich starke Doctordissertation: de Basilicorum origine etc. Bei der am 8. März

Digitized by Google

1825 stattgefundenen öffentlichen Disputation hatten die damaligen Heroen der Universität Leipzig — Gottfr. Hermann, Daniel Beck, Prälat Tittmann — die Function der Opponenten übernommen, welche dadurch zu erkennen gaben, wie hoch sie die philologischen Kenntnisse des Doctoranden würdigten.

Um sich auch mit der praktischen Seite des erwählten Berufs bekannt zu machen, nahm H. den Acceß auf dem Stadtgericht zu Leipzig und gewann an dem damaligen Oberschöppenschreiber, nachherigem Stadtrichter Winter, selbst ein gründlicher, namentlich im corpus juris vollständig bewanderter Jurist, einen sehr freundlichen und wohlwollenden Rathgeber bei jenem Bestreben.

Nach Ablauf eines Jahres trat H. von diesem Acceß wieder zurück, nahm seine Vorlesungen über römisches Recht wieder auf, und setzte solche mit immer größerem Beifall bis 1828 fort.

Zu Ostern dieses Jahres erhielt er die Berufung an die hiesige Universität zur sechsten ordentlichen Professur in der juristischen Facultät, zunächst für die Fächer des sächs. Privatrechts und des sächs. Civilprocesses, daneben aber auch zur Stellvertretung für den damals bereits erkrankten Professor Zimmern in den Vorträgen über Institutionen und Pandekten. Diese Stellvertretung dauerte drei Jahre. Nach der Berufung des Prof. Francke für diese Fächer beschränkte H. seitdem sich hauptsächlich auf diejenigen Vorlesungen, für welche er speciell berufen worden war, und benutzte die ihm durch die Entbindung von den Vorträgen über das gemeine Civilrecht freigewordene Zeit zu der von ihm schon mehrere Jahre zuvor projectirten Ausgabe der Basiliken, zu welchem Unternehmen ein sehr liberaler Verleger in der Person des nunmehr verstorbenen Buchhändlers Joh. Ambrosius Barth zu Leipzig sich bereit erklärt hatte. Zu diesem Unternehmen war er besonders befähigt theils durch seine genaue Bekanntschaft mit der griechischen Sprache, theils durch das schon während seines Universitätsstudiums geübte fleißige Lesen im corpus juris, durch welches er eine so gründliche Kenntnis desselben sich angeeignet hatte, daß ihm nicht bloß alle Titel desselben genau bekannt waren, sondern er auch — wie jener Jugendfreund bemerkt — sehr viele Gesetzstellen wörtlich aus dem Gedächtnis recitiren konnte. In jenem Vorhaben wurde er von seinem jüngeren Bruder, dem im Jahr 1850 zu Leipzig verstorbenen Professor Gustav Ernst Heimbach dadurch unterstützt, daß derselbe in Auftrag des Vf. auf Kosten des Verlegers mehrjährige Reisen in Frankreich und Italien unternahm und durch Vergleichung mehrerer noch unbenutzter Handschriften den Stoff zu dieser neuen Ausgabe beischaffte.

Der erste Band dieses Werks erschien 1833, der fünfte und letzte

Digitized by Google

im Jahr 1850. In Weiske's Rechtslexicon Bd. VIII S. 813 ff. ist vom Verf. ausführliche Nachricht über die Entstehung der Basiliken ꝛc. und die bei seiner Ausgabe benutzten Quellen gegeben. Nach der diesem Artikel beigefügten Note 210 hat der Verf. noch prolegomena basilicorum und ein manuale basilicorum verfaßt, welche aber wegen des Ablebens des Verlegers des Basiliken-Werks ungedruckt geblieben sind. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausg. von Rudorf ꝛc. Bd. IV 2. Heft S. 299 ff. hat der Verstorbene noch kurz vor seinem Ableben über die von ihm bei der Basiliken-Ausgabe benutzten Handschriften sich ausführlich verbreitet und hiebei jene prolegomena noch mitbenutzt.

Zu Michaelis 1832 vertauschte ꝛc. Heimbach seine ordentliche Professur mit der Stelle eines nichtakademischen Raths bei dem hiesigen Ges.-Oberappellationsgericht und rückte sodann allmählich bis zur ersten Rathsstelle auf. Am 3. Mai 1862 erhielt er das Dienstprädicat als Vicepräsident des Ges.-Oberappellationsgerichts. Seit 1856 hatte er längere Zeit hindurch die Präsidial-Geschäfte bei dem hiesigen OAGericht zu besorgen, weil der Präsident des Gerichtshofs durch die ihm aufgetragene Theilnahme an den Berathungen der in Dresden zur Entwerfung eines neuen Civilgesetzbuchs und einer neuen Civilproceßordnung zusammengetretenen Commission von hier abwesend zu sein genöthigt war.

„In Anerkennung seiner vorzüglichen Leistungen und mehrfach bethätigten besonderen Aufmerksamkeit" — wie das desfalls am 28. December 1852 ausgefertigte Diplom lautet — wurde ihm von den Durchl. Herzögen von S. Meiningen, Coburg-Gotha und Altenburg das Ritterkreuz des Ernestinischen Hausordens verliehen und am 14. Juni 1853 wurde er von Sr. Königl. Hoheit dem Großherzog zu Weimar zum Ritter erster Klasse des Hausordens der Wachsamkeit oder vom weißen Falken ernannt.

Er erfreute sich stets einer ungestörten Gesundheit bis in den Spätherbst des vorigen Jahres, wo ein anscheinend rheumatisches Leiden anfänglich eine Geschwulst auf der rechten Seite des Gesichts zur Folge hatte, welche aber allmählich in eine Lähmung der rechtseitigen Extremitäten des Körpers überging. Diese Lähmung nahm dergestalt zu, daß er vom 18. Febr. an die Sitzungen des Gerichts nicht mehr besuchen konnte. Auf ärztliches Anrathen suchte er, sobald der Eintritt der Frühlingswitterung den Gebrauch einer Badecur gestattete, in Pyrmont Wiederherstellung seiner früheren Gesundheit zu erlangen, allein vergebens; nach einem 4wöchentlichen Aufenthalt daselbst kehrte er ohne alle Linderung des Leidens, gegen welches er Hilfe daselbst gesucht hatte, hieher zurück. Drei Tage nach seiner Rückkehr befreite ein sanfter

Digitized by Google

schmerzloser Tod seinen bis dahin ganz ungetrübt gebliebenen Geist von den Banden der irdischen Hülle. Nach dem ärztlichen Gutachten hat Gehirnatrophie einen wiederholten Schlaganfall herbeigeführt.

Die von ihm in Druck erschienenen Schriften sind, so weit Ref. dies in Erfahrung gebracht, folgende:

1) Caji Aelii Galli de verborum, quae ad jus pertinent, significatione, fragmenta. Lipsiae 1823. 8.
2) De Basilicorum origine, fatis, hodierna conditione et nova editione adornanda. Lipsiae 1825. 8.
3) De dominii probatione. Lipsiae 1827. 8.
4) De sacrorum privatorum mortui continuandorum apud Romanos necessitate. Lipsiae 1827. 8.
5) Basilicorum cum jure Romano collatorum specimen I. Jenae 1828. 8.
6) Basilicorum libri LX. Post Annibalis Fabrottii curas etc. Vol. I—V. Lipsiae 1833—1850.
7) Deutsche Monarchie oder Republik? Jena 1848.
8) Andeutungen über eine allgemeine deutsche Civilgesetzgebung. Jena 1848.
9) Lehrbuch des particularen Privatrechts der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder ꝛc. Jena 1848.
10) Erörterungen aus dem gemeinen und sächs. Civilrecht und Civilproceß. Jena 1849.
11) Lehrbuch des sächs. bürgerlichen Processes mit besonderer Rücksicht auf die Gesetzgebung der zu dem OAGericht zu Jena vereinten Länder. 2 Bde. Jena 1852 und 1855.

Daneben sind aber noch in verschiedenen juristischen Zeitschriften zahlreiche Abhandlungen des Verstorbenen erschienen, von welchen hier folgende namhaft gemacht werden können:

a) Ungedruckte Constitutionen des Justinianeischen Codex, aus der Coislinschen Handschrift der Basiliken (in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. VIII 1. Heft).
b) Über die Wirkung der Verjährung der Klagen, in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proc. von Linde Bd. I S. 436. — über Justinians Constit. de incertis personis L. unic. C. VI. 48 und deren Verhältnis zum älteren und neueren Justin. Recht, N. F. Bd. V S. 1 — über den Grund und die rechtl. Bedeutung der Verträge nach heutig. Recht, N. F. Bd. XIII S. 91.
c) Die vorliegende Zeitschrift enthält Beiträge von ihm Bd. I S. 41. 129. 193. 336. 414. Bd. II S. 24. 125. 172. Bd. III S. 65. 177. 273. Bd. VI S. 292. 340. Bd. X S. 273. 353. Bd. XI

Digitized by Google

S. 209, in welchen u. a. „ein Überblick über die neueste Landesgesetzgebung der zum OAGerichte zu Jena vereinten Staaten im Gebiete des Civilprocesses und Privatrechts seit dem Anfang des Jahres 1859 bis zum 30. Juni 1863" gegeben ist.

d) Ferner ist er Verfasser der in 2c. Weiske's Rechtslexicon abgedruckten Artikel über possessorium — Privilegium — proprietas — Protestation — Provocation — Proceß — Proceßparteien — Quellen des Römischen Rechts — Reallasten — Recht und Rechtsgeschichte — Replik — Rescript — Restitution als Rechtsmittel — Richter, richterl. Augenschein — Rath und Empfehlung — Ratihabition — Sache — Sachverständige — Schade, Schadenersatz, Schadenszufügung — Schenkung, Schenkung auf den Todesfall — Servituten — Sequestration — solutio — Spiel und Wette — Stipulation — Summarische Processe — superficies — Tausch — Testament — Thüringische Staaten — Transmission — Übergabe — Ungehorsam — Universal- und Singular-Succession — Unterhändler — Urkunden — Urtheil — ususfructus, usus, habitatio, operae servorum — Uneheliche — Väterliche Gewalt — Veräußerung — Vergleich — Verjährung — Vertrag — Verzicht — Verzug — Vindication — Vorkaufsrechte, Retract — Vorladung — Vormundschaftsrecht — Wasserrecht — Wege und Straßen — Widerklage — Wohnort — Wucher — Zeit — Zeugen — Zinsen — Zurechnung — Zuständigkeit — Zwangs- und Bannrechte.

Diese Artt. enthalten die seit 1854—1861 erschienenen Bde VIII—XV, sie bekunden den ungemeinen Fleiß, welchen der Vf. auf dieselben verwendet hat, da die Bearbeitung derselben meistens in den Zeitraum fällt, in welchem demselben aus dem oben bereits angegebenen Grund auch die Geschäftsleitung bei dem OAGericht oblag.

Dieser kurze Abriß des Lebensgangs des Verstorbenen möge dazu dienen, demselben auch in diesen Blättern ein bleibendes Andenken zu bewahren.

Jena im Sept. 1865.

D. Herausgeber.

Correspondenz. 8) H. in A. Mittheilungen aus der Spruchpraxis des 2c. Appellationsgerichts zu A. über Gegenstände des Proceßrechts. 9) M. in R. Mittheilungen aus der Spruchpraxis der Fürstl. Schw.-Rudolst. Obergerichte. 10) K. in S. Mittheilungen aus der Criminalpraxis bei dem KGericht zu Sondershausen unter Vergleichung mit den Erkenntnissen ausländischer Gerichte bei gleicher thatsächlicher Grundlage.

Digitized by Google

Abhandlungen, Mittheilungen von Rechtsfällen ꝛc.

Die Verschollenheit und Todeserklärung nach Sachs.-Altenb. Particularrecht.

Vom Herrn Appellationsgerichtsrath Dr. Hase zu Altenburg.

§. 1.

Die historische Entwickelung, welche die Lehre von der Verschollenheit und Todeserklärung in Deutschland im Allgemeinen genommen hat, hat neuerdings durch Bruns[1]) eine so ausführliche und gediegene Darstellung erhalten, daß, wenn sich die mannigfachen, in der Regel mit den hierauf abzweckenden Proceduren verbundenen Fragen für den praktischen Juristen immer schon mit solchen allgemeinen Anschauungen lösen ließen, die Behandlung dieser Lehre wohl für längere Zeit als abgeschlossen betrachtet werden könnte. Die eigene Darstellung von Bruns gibt jedoch sattsam zu erkennen, daß dies nicht der Fall ist und gerade in dieser Materie auch nicht der Fall sein kann[1a]). Wo neben der Theorie und Praxis die particulare Rechtsbildung fast gleich von Anfang an einen so hervorragenden Antheil an der weiteren Ausbildung des Rechtsinstituts gehabt hat, da wird auch durch das Zurückgehen auf frühere Anschauungen für das praktische Recht doch immer nur in einem sehr beschränkten Umfange ein wirklich fruchtbringender Boden sich gewinnen lassen. Es wird immer kaum möglich sein, damit über die allgemeinsten Principien hinauszukommen, daneben aber wird doch stets noch

1) Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, herausgegeb. v. Becker und Muther, Bd. I S. 90—201. — Vgl. auch noch d. Art. Verschollenheit (v. Steinberger) in Weiske's Rechtslexikon Bd. XII S. 693 ff.

1a) Sintenis, prakt. Civilr. 2. Aufl. Bd. I S. 93 Not. 10b geht deshalb so weit, der ganzen Rechtsmaterie den gemeinrechtlichen Boden überhaupt abzusprechen; ebenso Eichhorn, Mittermaier, Pfeiffer, Beseler in den betreffenden Lehrbüchern.

Digitized by Google

eine Masse von Detailbestimmungen bleiben, die als Modificationen der allgemeinen Anschauung nicht unbeachtet bleiben dürfen, mögen sie sich nun auch in die letzteren noch so übel einfügen lassen. In der That läßt sich auch wohl kaum leugnen, daß die Verschollenheit und Todeserklärung recht eigentlich zu denjenigen Rechtsmaterien gehören, welche schon ihrer Natur nach ihre rechtliche Feststellung überhaupt in wahrhaft befriedigender Weise nicht durch die bloße Theorie und nicht durch die vielgestaltige Praxis, sondern nur durch die positive Gesetzgebung empfangen können. Dies gilt schon von der materiellen Seite, in noch höherem Maße aber, wie sich nun einmal unser Civilproceß gestaltet hat, von der processualen. Mochten die Römer mit ihrer freien Beweistheorie selbst über den gänzlichen Mangel positiver Vorschriften, welche eine Todeserklärung wegen Verschollenheit im heutigen Sinne ermöglichten, leicht hinwegkommen: der heutige Richter befindet sich im Gegensatz hierzu bei den engen Grenzen, die ihm das heutige Beweisrecht und überhaupt die so detaillirte, oft rein äußerliche Gestaltung des Civilprocesses setzt, in einer Lage, deren Schwierigkeiten sich ohne positive Rechtsvorschriften kaum überwinden lassen. Offenbar ist hierin auch ein Hauptgrund dafür zu erblicken, daß in den Schriften der älteren Praktiker, welche solcher Vorschriften noch entbehrten, während sie doch von der Scholastik des canonischen Rechts bereits die angedeuteten Schranken des Civilprocesses überkommen hatten, in dieser Rechtsmaterie sich eine so bedeutende, oft an rein willkürliche Erfindungen anstreifende Verschiedenheit der Ansichten findet.

Diese Bemerkungen schon werden es rechtfertigen, wenn wir der Lehre von der Verschollenheit und Todeserklärung selbst für einen so beschränkten Rayon, wie ihn die Altenburgische Gesetzgebung umfaßt, neben den doch im Ganzen nur den Text der Gesetze wiedergebenden kurzen Referaten über diese Gesetzgebung in den Hand- und Lehrbüchern von Kori[2]), Heimbach[3]) und Hesse[4]), noch in dieser besonders der Pflege des Particularrechts gewidmeten Zeitschrift eine besondere Dar-

2) Theorie d. Sächs. summar. bürgerl. Processe, Jen. 1823 §. 149 S. 287.

3) Lehrbuch d. particul. Privatrechts §. 76 S. 124—129; Lehrbuch d. sächs. bürgerl. Processes Bd. II §. 197 S. 448—450.

4) Handbuch d. Herz. S. Altenburg. Privatrechts §. 4 S. 4 f. — Einzelne Bemerkungen enthält darüber die für die, nicht in den Gesetzen berührten, Specialfragen in der hierländischen Praxis bisher vorzugsweise benutzte Schrift v. Haase, Edictalladungen und Edictalproceß außerhalb des Concurses, Leipz. 1817. Über Kön. Sächs. Recht vgl. Curtius, Handbuch I §. 65 ff. und 388 ff.; Häusel, Bemerkungen und Excurse dazu Abth. I S. 75 ff.; Abth. III S. 498 ff.; Osterloh, d. summar. bürgerl. Processe §. 122 f. (S. 330 ff.); Volkmann, System d. sächs. Civil- und Administrativproc. Bd. III §. 295 ff. (S. 411 ff.).

Digitized by Google

stellung widmen. Es bestimmt uns dazu aber noch eine allerdings rein äußerliche Rücksicht, die Rücksicht auf die Geldbeutel der Beamten. Die Vorschriften, mit denen wir es hier zu thun haben, sind in den Gesetzen so zerstreut, auch an sich zuweilen so unklar, daß man es gerade nicht als einen Vorwurf gegen die Gesetzeskunde und Geschicklichkeit der Beamten betrachten kann, wenn es nicht selten vorkommt, daß Edictalproceduren, welche zum Behuf der Todeserklärung begonnen worden sind, schließlich wegen dieses oder jenes Formfehlers doch cassirt werden müssen. In sofern sich die Vernachlässigung eines solchen Formfehlers auf eine Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften durch den Richter zurückführen läßt, hat dies dann die unangenehme Folge, daß die durch Verläge erwachsenen, meist nicht so unbedeutenden Kosten dann von den betreffenden Vorständen der Gerichtsämter resp. den Decernenten bei denselben übertragen werden müssen. Vielleicht dient der nachfolgende Aufsatz dazu, zugleich diesen Verlust in etwas abzuwenden, wenn in demselben besonders die Grundsätze eine Erwähnung gefunden haben, welche das H. Appellationsgericht zu Altenburg bei der ihm gesetzlich am Schlusse jeder derartigen Edictalprocedur obliegenden Prüfung derselben bisher eingehalten hat. Im übrigen kann es nach dem angegebenen Zweck nicht in der Absicht dieses Aufsatzes liegen, dabei etwa alle möglichen Streitfragen der Lehre besprechen zu wollen, sondern es soll nur auf diejenigen eingegangen werden, welche praktisch besonders hervorgetreten sind.

§. 2.

Die ersten gesetzlichen Bestimmungen über die Todeserklärung verschollener Personen[5]) erhielt das Fürstenthum Altenburg in dem Mandat, die Erklärung der Abwesenden pro mortuis betreffend, v. 7. Dec. 1767 (Zweyte Beifugen-Samml. S. 282—85). Der Eingang dieses Mandats führt selbst an, daß man bis dahin im Fürstenthum sich nur an einen Gerichtsgebrauch gehalten habe, vermöge dessen das Vermögen eines Abwesenden, auch wenn man von dessen Leben und Aufenthalt schon seit langer Zeit keine Nachricht gehabt, doch seinen Erben ohne Caution nicht eher habe verabfolgt werden können, als bis der Abwesende das 70. Jahr seines Alters zurückgelegt hatte und er alsdann pro mortuo declarirt worden sei. Es wird dann weiter gedacht, daß dieser Gerichtsgebrauch indessen mancherlei Inconvenienz und Mißbrauch herbeigeführt habe, namentlich wegen der langen, oft 50 und mehr Jahre fortgesetzten Dauer der Abwesenheitsvormundschaft und wegen

5) Der cura absentium wird nur ganz im Allgemeinen in den Beifugen zur Landesordn. von 1704 P. III Nr. 13 S. 637 gedacht; vergl. auch Proceßordn. von 1744 S. 49 u. 85.

Digitized by Google

der durch den öfteren Wechsel in der Obervormundschaft sowohl, als in den bestellten Vormündern und durch deren Nachlässigkeit herbeigeführten Verschleuderung des Vermögens, wodurch die rechtmäßigen Erben nicht bloß um ihre Ansprüche gebracht, sondern mehrentheils auch kostspielige Processe theils wegen der geführten Processe, theils auch wegen der gehörigen Legitimation zur Erbschaft entstanden seien.

Diese Angaben lassen im Ganzen über den Umfang des gedachten früheren Gerichtsgebrauchs nur geringe Vermuthung schöpfen. Nur soviel geht daraus unzweifelhaft hervor, daß man zunächst von der Präsumtion des Lebens eines Verschollenen ausging, wie sie für die sächsische Praxis besonders Carpzov (vgl. Bruns a. a. O. S. 140 ff.) zur Geltung gebracht hatte, so daß auch lange Verschollenheit keinen Erbfall begründete, daß man aber doch zugleich im Anschluß an Menochius, Carpzov (Jurisprud. for. III 15 def. 57) u. a. ein Aufhören dieser Präsumtion annahm, wenn nach der Erfüllung des 70. Lebensjahres eine gerichtliche Erklärung über den nunmehr als eingetreten zu achtenden Tod erfolgte. Auf welche weiteren Voraussetzungen aber diese gerichtliche Erklärung gestützt wurde, inwieweit man namentlich dafür auch einen bereits längere Zeit hindurch vorliegenden Mangel an Nachrichten über den Abwesenden erfordert habe, bleibt dabei ebenso ungewiß, als sich darüber, ob man dazu Edictalien für nothwendig erachtete, ferner ob etwa auch schon vor einer solchen Todeserklärung, nur alsdann gegen Caution, eine Ausantwortung des Vermögens des Abwesenden an die nächsten Erben verstattet worden sei (als non tam propria cura, quam custodia et praematura successionis occupatio; vgl. Bruns S. 145) und ob man sich bei der mit der Todeserklärung nothwendig einzuleitenden Beerbung für die successio ex tunc oder ex nunc entschied, irgend etwas Sicheres entnehmen läßt. Wahrscheinlich schwankte über alle diese eingehenderen Fragen der Gerichtsgebrauch hier ebenso, wie anderwärts. In Betreff der im Kriegsdienst Verschollenen läßt sich übrigens nachweisen, daß man auch noch einen andern Gerichtsgebrauch befolgte. Denn es enthält das Observanzbuch der vormal. Fürstl. Regierung de ao. 1670 ff. einen Eintrag, nach welchem dieserhalb sich nach der bei Richter, Decision. 66 nr. 13 erwähnten Präsumtion gehalten wurde, die einen absens in militia per 36 annos pro mortuo erachtete [6]).

Das neue Mandat selbst wurde, wie so viele Altenburgische Ge-

6) Et secundum hanc doctrinam rescripsimus d. 10. Jan. 1817 in c. des 36 J. abwesenden Plöttners ad Senatum Eisenbergensem, heißt es in einem handschriftlichen Eintrag ad h. l. in einem im Besitz des H. Appellationsgerichts befindlichen Exemplar dieser Decisionen.

Digitized by Google

setze, dem Herzothum Gotha entlehnt, indem es nur eine mit wenigen Zusätzen vermehrte Wiederholung des S. Gothaischen Mandats vom 17. Juni 1766 (Neue Beifugen z. Gothaisch. Landesordnung, 1. Theil S. 54 f.) ist. Die Zusätze des Altenburg. Mandats beziehen sich auf den gebotenen Abzug der Collateralgelder und auf die Bestimmung einer doppelten sächsischen Frist, statt der in dem Gothaischen Mandat[7]) völlig unbestimmt geschriebenen Zeitlänge, für die Edictalien. Außerdem unterscheidet sich das Altenburgische Mandat von dem Gothaischen noch dadurch, daß letzteres die Edictalcitation des Verschollenen dem Ignoranzeid vorausgehen läßt, während das Gothaische Mandat den gedachten Eid als Vorbedinguug für die Erlassung der Edictalien hinstellt. — Die neue allgemeine Vormundschaftsordnung v. 31. Aug. 1785 gedachte der Todeserklärung nur beiläufig als einer Aufhebungsart der cura absentium, indem sie im übrigen lediglich auf das Edict von 1767 verwies.

In eine eigenthümliche Lage wurde das ganze Rechtsinstitut hierauf durch das Edict über einige Verhältnisse des Staatsdienstes vom 18. April 1831 gebracht. Indem dasselbe die Competenzen des nunmehr von der vormaligen Regierung als besondere Justizoberbehörde abgetrennten neuen Landesjustizcollegiums ordnete, übertrug es dieser Stelle „als Vormundschaftsbehörde" nach §. 32 zugleich „die unmittelbare und, bezüglich der nicht schriftsässigen Personen, die mittelbare Fürsorge für das Vermögen verschollener Personen" und „die Todeserklärung verschollener Personen, auch solcher, die nicht schriftsässig waren". Es konnte nicht fehlen, daß diese Competenzbestimmung alsbald zu erheblichen Zweifeln darüber Anlaß gab, wie viel von der bezüglichen Procedur bei Personen der letzteren Art nunmehr von der competenten Gerichtsunterbehörde, wie viel von dem Landesjustizcollegium auszugehen habe. Diese Zweifel entschied eine authentische Erläuterung, die durch Bekanntmachung des Landesjustizcollegiums vom 19. Mai 1832 (Ges.-Samml. von 1832 S. 51) veröffentlicht wurde, und welche im wesentlichen dahin ging, daß zwischen dem Edictaltermin und dem Termin zur Eröffnung des Präclusivdecrets noch eine jedesmalige besondere Prüfung des im übrigen von den Untergerichtsbehörden zu leitenden und auszuführenden Verfahrens durch die Justizoberbehörde eingeführt ward.

Für diejenigen Militärpersonen, welche den Feldzügen der Herzogl. Truppen in den Kriegsjahren 1810—14 gefolgt und nicht zurückgekehrt waren, wurde durch Patent v. 11. Dec. 1815[8]) eine gesetzliche Edic-

7) Dem Gothaischen Mandat hatte als Vorbild die Preußische Verordnung vom 23. Oct. 1768 gedient, s. Bruns a. a. O. S. 183—185.

8) 3. Beif. Samml. S. 518.

Digitized by Google

talcitation in der Weise erlassen, daß dieselben, unter der Bedrohung mit der sonstigen Annahme ihrer Verschollenheit und der Ausantwortung ihres Vermögens an ihre nächsten Anverwandten ohne Cautionsbestellung, durch dies Patent aufgefordert wurden, unfehlbar bis zum 1. Jan. 1818 entweder selbst zurückzukehren oder doch von ihrem Leben und Aufenthalte glaubhafte Nachricht zu geben[9]).

Die letzten Anordnungen in dieser Rechtsmaterie traf endlich das Gesetz vom 30. Jan. 1841, die Regelung der privatrechtlichen Verhältnisse von Ausgewanderten betreffend[10]). Hervorgerufen durch die Schwierigkeiten und Übelstände, welche die damals gerade sehr häufig gewordenen Auswanderungen nach Nordamerika begleiteten, mußte das Gesetz nothwendig auch auf die Todeserklärung solcher Ausgewanderten mit eingehen. Es beziehen sich hierauf besonders die §§. 2, 9—14, 17 und 18 des Gesetzes. Obgleich das Gesetz, wie schon seine Überschrift besagt und die erwähnte Veranlassung desselben erklärlich macht, dabei zunächst nur von Ausgewanderten, mithin von solchen Personen handelt, bei denen die Verschollenheit, wenn sie später eintritt, auf einen bestimmten Grund, den der Auswanderung, zurückzuführen ist, so läßt sich hierauf doch nicht eine objective Verschiedenheit des Gesetzes gegenüber dem Mandat von 1767 begründen; denn auch das letztere hat seinem Wortlaute nach nur „solche Unterthanen, die sich von hier in die Fremde gewendet", im Auge gehabt. Auch geben die Motive, mit denen der Entwurf des Gesetzes begleitet wurde, an die Hand, daß man die theilweise in dem Gesetze von 1841 enthaltenen Erweiterungen des Edictalverfahrens unmittelbar an das Mandat von 1767 anschließen wollte und daß man ebenso die näheren Festsetzungen jenes Gesetzes über diese Rechtsmaterie nur als den allgemeinen Vorschriften des letzteren Mandats entsprechend betrachtete. Das Gesetz von 1841 hat daher in den bezüglichen Bestimmungen nur als eine weitere Ausführung des Mandats von 1767 zu gelten, und ist daher bei allen derartigen Edictalproceduren zu beachten. Für bereits vor der Publication des Gesetzes ausgewanderte Personen wurde die Anwendbarkeit desselben noch um ein Jahr nach seiner Bekanntmachung hinausgeschoben.

An der Hand dieser gesetzlichen Bestimmungen haben wir nunmehr uns zu dem Einzelnen zu wenden.

---

9) Einen Zusatz dazu v. 25. März 1818 über die Intervention testamentarischer Erben s. im Nachtrag zur 3. Beif.-Samml. S. 233 f.

10) Über die landschaftliche Berathung dieses Ges. vergl. Landschaftl. Mittheil. v. J. 1840 S. 123—130.

Digitized by Google

§. 3.

Die Vermuthung des Todes eines Abwesenden ist nach dem Mandat v. 7. Dec. 1767 zunächst an die Voraussetzung geknüpft, daß der Abwesende binnen den letzten 10 Jahren, von Zeit seiner Entfernung an zu rechnen, keine Nachricht von seinem Leben und Aufenthalt an seine hiesigen Anverwandten oder Bekannten gegeben hat. Das Mandat hat dabei, wie die meisten derartigen Gesetze, durchaus keinen Unterschied hinsichtlich des Grundes der Abwesenheit gemacht; es kann daher die Vermuthung auch bei einem flüchtigen Verbrecher, insbesondere auch bei einem flüchtigen Deserteur [11]) zur Anwendung gebracht werden. Einen solchen Unterschied hat man erst neuerdings wohl aus dem §. 2 des Gesetzes v. 30. Jan. 1841 um deswillen ableiten wollen, weil in diesem §. unter den Unannehmlichkeiten und Nachtheilen, welche die ohne Bestellung eines Generalbevollmächtigten Ausgewanderten treffen sollen, noch besonders der Nachtheil „nach Befinden auch einer Todeserklärung" erwähnt wird, woraus man dann schließen zu müssen glaubte, daß bei den nach Vorschrift des Gesetzes mit Hinterlassung eines Generalbevollmächtigten Ausgewanderten diese Eventualität nach dem Willen des Gesetzgebers nicht habe eintreten sollen. Allein daß letztere Annahme eine irrige ist, geht einestheils daraus hervor, daß nach §. 4 des cit. Gesetzes derartigen Generalbevollmächtigten weitere Rechte und Befugnisse, als sie ein solches Mandat überhaupt gewährt, an sich keineswegs eingeräumt sind, anderntheils auch noch speciell aus dem Inhalt des §. 9 und 10 des Gesetzes, da letztere es ausdrücklich und ganz im Allgemeinen für den präsumtiven Erben eines Ausgewanderten unbenommen erklären, von den Bestimmungen des Mandats von 1767 Gebrauch zu machen, und dieselben selbst dem Vormundschaftsgericht die Befugnis einräumen, die Verschollenheitserklärung von Amtswegen zu bewirken. Im Gegentheil wird man bei der völligen Gleichheit des Grundes, und da dabei offenbar nur auf die ohne Zurücklassung irgend welcher Nachricht erfolgte Entfernung Gewicht gelegt ist, die Bestim-

11) Hinsichtlich eines solchen wird die Anwendung der Todespräsumtion von Haase a. a. O. S. 103 Not. 4 geleugnet, weil mit der Desertion Confiscation des Vermögens verbunden sei. Allein selbst wo diese Strafe der Desertion besteht, kann sie doch kein Hinderniß bilden, da auch ganz abgesehen von der Beerbung des Abwesenden selbst genugsame Veranlassung zu einer Erklärung des Verschollenen pro mortuo geboten sein kann, z. B. bei testamentarischen Substitutionen. Für Altenburg besteht übrigens diese Strafe nach §. 48 des Grundgesetzes nicht mehr und ist nach §. 68 des Gesetzes über die Militärpflicht v. 9. Febr. 1855 durch einen bloßen Kummerschlag auf das jetzige und künftige Vermögen des ungehorsamen Conscribirten ersetzt, dessen Beendigung natürlich mit der Todeserklärung auch herbeigeführt werden kann.

Digitized by Google

mungen des Mandates, wenn daſſelbe auch wörtlich nur von „Unterthanen, welche ſich in die Fremde gewendet", ſpricht, unbedenklich auch auf ſolche anwenden können, welche nur überhaupt ſpurlos verſchwunden ſind, gleichviel ob man bei dieſem Verſchwinden an die Abſicht einer Auswanderung, einen Selbſtmord, eine Verunglückung ꝛc. zu denken hat[12]).

Dagegen gibt das Mandat in ſofern hinſichtlich der dem Geſetze zu unterſtellenden Subjekte eine Beſchränkung an die Hand, als es die Präſumtion der Verſchollenheit nur auf „Unſere Unterthanen, ſo ſich in die Fremde gewendet", erſtreckt. Indeſſen iſt dabei der Begriff „Unterthanen" in einem ſehr weiten Sinne zu faſſen, wie dies die Beſtimmungen des Geſetzes von 1841 noch klarer darlegen. Zuvörderſt iſt bei dieſer Begriffsbeſtimmung nur auf den Zeitpunkt, zu welchem ſich der Verſchollene weggewendet hat, nicht aber auf etwaige ſpätere Verhältniſſe zu ſehen, ſo daß alſo kein Unterſchied zu machen iſt, ob der Verſchollene das dieſſeitige Heimaths- und Unterthanenrecht noch beibehielt, als er aus der Heimath verſchwand, oder ob er daſſelbe nach jener Zeit z. B. in Folge der Erwerbung des Bürgerrechts in einem andern Staate, durch Verheirathung an einen Ausländer ꝛc. verlor. Weder das Mandat, noch das Geſetz von 1841 hat einen ſolchen Unterſchied aufgeſtellt; derſelbe kann aber auch um ſo weniger als im Sinne des Geſetzes liegend betrachtet werden, als ſonſt der Zweck desſelben ſehr leicht vereitelt werden könnte, wie wenn z. B. ſich nachweiſen ließe, daß ein Ausgewanderter in irgend einem fernen Staate Bürger geworden ſei, ſich aber doch über ſein Leben oder Sterben weitere Nachricht nicht erlangen läßt[13]). Sodann ſind unter den Unterthanen nicht bloß volle Unterthanen, ſondern auch bloße Eingeſeſſene (Forenſer) zu verſtehen[14]); ja das Geſetz von 1841 (§. 13) geſtattet die Annahme der Präſumtion und die Einleitung einer darauf ſich ſtützenden Todeserklärung ſelbſt bei ſolchen Ausländern, welche im Herzogthum auch nur bewegliches Vermögen hinterlaſſen haben, wenn ſich in Bezug auf daſſelbe die Beſtellung eines Abweſenheitsvormundes nöthig gemacht hat. Eine ſolche Abweſenheitsvormundſchaft hat aber nach §. 8 desſelben Geſetzes zur Vorausſetzung, daß gegen das inländiſche Vermögen

12) Haaſe a. a. O. S. 106 Not. 14; Oſterloh a. a. O. S. 330 Not. 2; Volkmann a. a. O. S. 412 Not. 2. Vgl. auch Landſchaftl. Mittheil. von 1840 S. 130.

13) So entſchied auch das OAGericht zu Jena unterm 8. Dec. 1855 in einem Falle, in welchem eine frühere dieſſeitige Unterthanin nach Ungarn ausgewandert war und ſich an einen dortigen Unterthan verheirathet hatte.

14) §. 91 f. d. Grundgeſetzes v. 29. April 1831; §. 7, 8 u. 13 des Geſetzes von 1841; ſ. auch Haaſe a. a. O. S. 106 Not. 16.

Digitized by Google

des verschollenen und im Inlande nicht gehörig vertretenen Ausländers solche Klagen, die gesetzlich in foro rei sitae stattfinden, erhoben worden sind oder daß ein für statthaft zu erachtendes Arrestgesuch angebracht worden ist, oder daß der Ausländer einem Staat angehört, in welchem die Grundsätze, die das OAGericht zu Jena in einer schiedsrichterlichen Entscheidung zwischen S. Meiningen und S. Altenburg über den Gerichtsstand in persönlichen Klagsachen gegen auswärts wohnende Bekl. und über den Umfang des forum contractus ausgesprochen hat (Ges.-Samml. von 1835 S. 77), gegen Altenburgische Unterthanen theilweise oder ganz giltig sind[15]); oder in welchem den diesseitigen Staatsunterthanen die Verfolgung ihrer Rechte gegen ein solches Vermögen bei den Behörden des Heimatslandes des Ausländers versagt oder ungebührlich verzögert wird. Über das Vorhandensein der letztgedachten Voraussetzung hat im jedesmaligen Falle das Appellationsgericht zu entscheiden, an welches daher diesfalls, während sonst die Anordnung einer Abwesenheitsvormundschaft oberbehördlicher Genehmigung nicht bedarf, besonders zu berichten ist. Ganz ausgeschlossen bleibt die Präsumtion daher nur bei solchen Ausländern, welche keinerlei Vermögen im Inlande besitzen und bezüglich deren freilich auch ein inländisches Gericht selten in der Lage sein wird, eine bestimmte Entscheidung über den Eintritt des Todes erfordern zu müssen.

In Betreff der Zeit, welche zur Annahme der Verschollenheit erfordert wird, geht den Altenburg. Gesetzen eine Rücksichtnahme auf das Alter des Verschollenen, wie sie z. B. nach den Bestimmungen im Königreich Sachsen und andern sächs. Ländern eingreift[16]), ganz ab. Auch der erst im 70. oder 80. Jahre in die Fremde Gewanderte kann daher nicht eher für verschollen erklärt werden, als bis noch mindestens 10 Jahre seit seiner Entfernung vergangen sind; ebenso kann die Verschollenheit aber nach Ablauf eines gleichen Zeitraums schon bei noch jugendlichem Alter des Abwesenden eintreten[17]). Der Zeitraum der 10 Jahre

15) Die Aufnahme dieser, auch in dem ursprünglichen Entwurfe nicht enthaltenen Bestimmung in das Gesetz muß Verwunderung erregen. Das schiedsrichterliche Erkenntnis des OAGerichts hat einerseits anerkannt, daß im Fürstenthum Saalfeld der volle Landsassiat besteht und daher Besitzer dortiger Grundstücke, auch wenn sie im Auslande wohnen, einen allgemeinen Gerichtsstand in foro rei sitae haben, anderntheils, daß das forum contractus auch dann stattfindet, wenn der Verklagte nicht im Gerichtsbezirke anwesend ist. Die Feststellung dieser Grundsätze dürfte an sich keine Gefährdung der Interessen inländischer Unterthanen enthalten, von welcher man doch ausgegangen zu sein scheint.

16) Heimbach a. a. O. S. 125; Osterloh a. a. O. S. 331; Volkmann a. a. O. S. 411.

17) Die Minderjährigkeit des Verschollenen kann, da das Gesetz keinerlei Un-

Digitized by Google

selbst ist, wenn von dem Verschollenen oder Ausgewanderten nach seiner Entfernung gar keine Nachricht wieder eingegangen ist, nach den Worten des Gesetzes sofort von dem Tage an zu rechnen, an welchem derselbe sich entfernte oder zuerst vermißt wurde. Von dem Falle, wo der Aufenthalt des Ausgewanderten anfangs noch bekannt blieb und erst späterhin die Nachrichten über ihn aufhörten, spricht das Mandat eigentlich gar nicht; es versteht sich aber von selbst, daß die Frist dann von dem Tage an zu berechnen ist, an welchem die letzte Nachricht über den Verschollenen erlangt wurde. Wenn dabei für den Fall, daß diese Nachricht eine briefliche war, darüber gestritten wird, ob alsdann der Tag der Absendung des Briefes[18]) oder der Tag des Eingangs desselben zu entscheiden habe, so muß man im Sinne des vaterländischen Rechts der letzteren den Vorzug geben. Abgesehen davon nemlich, daß für diese letztere Meinung wohl schon im Allgemeinen der Umstand spricht, daß nur der Tag des Empfanges bei dem inländischen Gericht der Regel nach sich genauer constatiren läßt, findet sich diese Meinung in klarer Weise in §. 9 des Gesetzes von 1841 ausgesprochen, in welchem sich die Zeit, nach welcher auch ein bestellter Abwesenheitsvormund von Amtswegen auf Todeserklärung seines Curanden antragen kann, neben dem Ablauf einer mindestens 10jährigen Dauer der Abwesenheitsvormundschaft darauf gestellt findet, „wenn während dieser Zeit weder an den Vormund, noch an das Vormundschaftsgericht eine bestimmte Nachricht vom Leben und Aufenthalt des bevormundeten Ausgewanderten gelangt ist." Im übrigen hätte man sich nach dem Wortlaute des Mandats eigentlich nur nach einer solchen Nachricht zu richten, welche noch von dem Verschollenen selbst an inländische Anverwandte oder Bekannte gegeben worden ist; so daß also auf von andern Personen erlangte Nachrichten keine Rücksicht zu nehmen wäre. Allein schon die weitere Fassung des bei der darauf folgenden Edictalprocedur abzuleistenden Eides, noch mehr die Worte des eben citirten neueren Gesetzes von 1841, die nur im Allgemeinen den Mangel einer bestimmten Nachricht über Leben und Tod des Ausgewanderten voraussetzen, müssen darauf führen, daß im Allgemeinen jede Nachricht von dem Leben und Aufenthalt des Weggegangenen, wenn sie nur nicht ganz der Zuverlässigkeit entbehrt, dazu genügt, die Annahme der Verschollenheit zu ver-

terschied macht, keinen Aufschub bewirken; s. auch Hänsel, Excurse I S. 76; III. S. 504.

18) Für diese Meinung ist Brehm, dispunct. j. var. sp. 11 (Lips. 1829) u. Volkmann a. a. O. S. 412 Not. d, weil nur diese Absendung einen Schluß auf den Abwesenden gestatte; für die andere Haase a. a. O. S. 105 Not. 13 u. Hänsel, Excurse I S. 76; Osterloh a. a. O. S. 331 Not. 5.

Digitized by Google

hindern und daher auch den weiteren Lauf eines etwa bereits begonnenen Decenniums zu unterbrechen.

Immer erzeugt jedoch die 10jährige mit dem Ausbleiben aller Nachrichten verbundene Abwesenheit für sich allein nur eine menschliche Vermuthung, daß der so Verschollene nicht mehr lebe. Um eine juristische Präsumtion des eingetretenen Todes daraus hervorgehen zu lassen, bedarf es noch des Hinzutritts der förmlichen gerichtlichen Todeserklärung des Verschollenen, welche durch eine gerichtliche Vorladung desselben vorzubereiten ist.

§. 4.

Die Einleitung der Edictalprocedur setzt regelmäßig einen Antrag voraus. Legitimirt zu demselben sind nach dem Mandat von 1767 in erster Reihe diejenigen von den Anverwandten des Verschollenen, welche sich zugleich als solche ausweisen können, die zur Zeit des Ansuchens seine nächsten Erben sind. Nicht für erforderlich kann es gehalten werden, daß hierzu sich alle bekannten Erben vereinigen; das Recht der Antragsstellung hat als eine Befugnis jedes einzelnen Erbinteressenten zu gelten, und sollten daher mehrere muthmaßliche nächste Erben vorhanden sein, der Antrag aber nur von einem derselben gestellt werden, so kann dies zwar auf die endliche Vertheilung des hinterlassenen Vermögens Einfluß üben, nicht aber die Einleitung der Edictalprocedur hindern. Anderen Interessenten, z. B. Gläubigern, ist die Stellung eines solchen Antrags nach dem Mandat versagt geblieben[19]); ebenso machte noch die Vormundschaftsordnung von 1785 (§. 55) die Erklärung pro mortuo von dem „Anlangen der Verwandten" abhängig. Dagegen hat das Gesetz vom Jahre 1841 §. 9 und 13 jetzt auch jedem, einem ausgewanderten Inländer oder Ausländer bestellten Abwesenheitsvormund die Befugnis eingeräumt, nach einer mindestens 10jährigen Dauer der Abwesenheitsvormundschaft, und wenn während dieser Zeit weder an den Vormund, noch an das Vormundschaftsgericht eine bestimmte Nachricht vom Leben und Aufenthalt des bevormundeten Ausgewanderten gelangt ist, auf Edictalladung des Verschollenen anzutragen; ja es kann unter gleichen Voraussetzungen (§. 10 und 13) auch das Vormundschaftsgericht selbst von Amtswegen eine solche Edictalladung erlassen[20]). Das Gesetz sagt dabei

19) Vgl. auch Haase a. a. O. S. 112 Not. 30; Osterloh a. a. O. S. 332 Not. 12.

20) In der Einräumung dieser Befugnis an den Abwesenheitsvormund resp. an das Gericht fanden die Motive zu dem Gesetz vom 30. Jan. 1841 eigentlich die einzige wesentliche Erweiterung der in dem Mandat vom 7. Dec. 1767 gegebenen Vorschriften.

Digitized by Google

nicht, daß diese Befugnis eine bloß eventuelle sein solle; es muß daher dieselbe dem Abwesenheitsvormunde resp. dem Gerichte auch da eingeräumt werden, wo die nächsten Erben bekannt sind, doch aber mit einem bezüglichen Antrag nicht hervortreten. Die 10jährige Dauer der Abwesenheitsvormundschaft ist aber dabei streng zu nehmen und daher nicht mit dem Ablauf eines Zeitraums von 10 Jahren seit der ersten Bestellung eines Abwesenheitsvormunds zu verwechseln; denn das Gesetz verlangt, daß die Vormundschaft 10 Jahre gedauert habe und ist danach offenbar dabei von dem Gedanken ausgegangen, daß nicht bloß die Abwesenheit 10 Jahre angehalten haben müsse, sondern daß auch der oder die Abwesenheitsvormünder eine so lange Zeit schon die Geschäfte geführt haben müssen und in dieser Stellung nichts von dem Abwesenden erfahren haben dürfen, wenn ihnen die gedachte Befugnis erwachsen soll. Wurde daher die Abwesenheitsvormundschaft eine Zeit lang unterbrochen, sei es auch nur dadurch, daß das Vormundschaftsgericht nach Wegfall des einen curator absentis es pflichtwidrig unterließ, einen andern an seiner Statt zu bestellen, so kann die Zeit, in welcher der Abwesende ohne Curator war, nicht mit eingerechnet werden, wenn der später bestellte Curator den Antrag auf Todeserklärung stellen will[21]). Nicht dem Abwesenheitsvormunde in dieser Beziehung gleichzustellen ist ferner auch ein etwaiger Generalbevollmächtigter, welchen der Ausgewanderte und seitdem Verschollene etwa in Gemäßheit des §. 1 des Ges. von 1841 zurückgelassen hat. Denn die Bestellung einer solchen Generalvollmacht kann doch auch bei der weitesten Ausdehnung des Willens des Mandanten nicht bis auf soweit erstreckt werden, daß der Generalmandatar, welcher überall nur das Interesse des Ausgewanderten zu vertreten bestimmt ist, eventuell auch befugt sein solle, durch seinen Antrag die ganze rechtliche Existenz des Mandanten zu vernichten, und überdies bringen auch §. 35 der Vormundschaftsordnung und §. 4 d. Ges. von 1841 den Generalbevollmächtigten und einen etwa an seine Stelle zu setzenden Abwesenheitsvormund zu einander in einen sehr bestimmten Gegensatz. Glaubt daher ein so bestellter Generalbevollmächtiger, weil er selbst seit langer Zeit nichts von seinen Mandanten erfahren hat, die Verhältnisse für so angethan erachten zu können, daß der Ausgewanderte für todt zu erachten sei, und wünscht er die Einleitung des

21) So wurde auch entschieden in einem Rescript des H. Appellationsgerichts an das Stadtgericht Altenburg v. 1. Dec. 1852. Kein Gewicht wird man dagegen darauf zu legen haben, ob die Abwesenheitsvormundschaft öffentlich bekannt gemacht worden ist. Die Unterlassung dieser Vorschrift macht nicht die Abwesenheitsvormundschaft unwirksam, sondern würde nur dem Vormundschaftsrichter eine Ordnungsstrafe zuziehen.

Digitized by Google

bezüglichen Verfahrens, so wird ihm diesfalls nichts übrig bleiben, als daß er entweder die präsumtiven nächsten Erben des Verschollenen veranlaßt, einen darauf zielenden Antrag zu stellen oder daß er die ihm ertheilte Generalvollmacht niederlegt und um die Bestellung eines Abwesenheitsvormunds bittet, dem dann das Weitere zu überlassen ist. Die Pflicht zur Bestellung eines solchen Abwesenheitsvormunds tritt für die Behörde auf Antrag jedes an der gehörigen Vertretung des Abwesenden interessirten Inländers überhaupt alsdann ein, wenn eine solche Bevollmächtigung nicht oder nicht in ausreichender Weise erfolgt, oder nicht zur Kenntnis des Publikums oder der Gerichtsbehörde des letzten Wohnorts des Ausgewanderten gebracht, oder auch nach anfänglich gehöriger Bewirkung später (z. B. durch den Tod oder Remotion des Generalbevollmächtigten) wiederum erloschen oder sonst unwirksam geworden, endlich auch nicht bekanut ist, daß der Abwesende sich innerhalb der deutschen Bundesstaaten aufhalte. Die letztere Beschränkung ist zwar in den Gesetzen nicht besonders ausgedrückt, folgt aber von selbst aus den Bestimmungen des §. 35 der Vormundschaftsordnung vgl. mit §. 3 und 4 d. Ges. von 1841. Die Vormundschaftsordnung läßt nemlich die cura absentis überhaupt nicht zu, wenn der Ort des dermaligen Aufenthalts des Abwesenden bekannt ist; der §. 4 d. Ges. von 1841 besagt dagegen ausdrücklich, daß einem Ausgewanderten unter den oben erwähnten sonstigen Voraussetzungen ohne Rücksicht darauf, ob sein Aufenthaltsort bekannt ist oder nicht, ein Abwesenheitsvormund bestellt werden könne, versteht aber doch dabei nach §. 3 ibid. unter Ausgewanderten nur solche, welche außerhalb der deutschen Bundesstaaten sich begeben haben. Ist im letzteren Falle der Aufenthaltsort des Abwesenden nicht unbekannt, so hat das Gericht nur die Verpflichtung, die Zuordnung eines curator absentis dem Abwesenden durch Vermittelung der Post noch besonders bekannt zu machen. Überdies ist die Anordnung der Abwesenheitsvormundschaft nach §. 4 d. Ges. von 1841 im Amtsblatte bekannt zu machen, womit die früher in §. 35 der Vormundschaftsordnung anbefohlene Bekanntmachuug in zwei auswärtigen Zeitungen beseitigt erscheint[22]).

Competent, um über den Antrag zu befinden und die Edictalprocedur einzuleiten, ist schon wegen des Zusammenhanges der Sache dasjenige Gericht, welches bei einer bestehenden Abwesenheitsvormundschaft als Vormundschaftsgericht des Abwesenden fungirt oder, wenn solche

22) Eine ausdrückliche Aufhebung dieser Bestimmung ist nicht erfolgt; dieselbe muß aber angenommen werden, wenn §. 4 d. Ges. von 1841 die Bekanntmachung im Amtsblatte selbst für überseeisch Ausgewanderte, und zwar gleichviel, ob ihr Aufenthaltsort bekannt ist oder nicht, für ausreichend ansieht.

Digitized by Google

bisher nicht beſtand, als ſolches zu fungiren hätte[23]). In der Regel wird dies zugleich dasjenige Gericht ſein, bei welchem der Verſchollene zuletzt vor ſeinem Weggange ſeinen perſönlichen Gerichtsſtand gehabt hat, ſubſidiariſch kann aber daneben auch derjenige Richter eintreten, in deſſen Gerichtsbezirk das Vermögen des Verſchollenen gelegen iſt[24]). Nach der Vormundſchaftsordnung wird ſogar demjenigen Richter, unter welchem die unbeweglichen Güter des Abweſenden ſämmtlich gelegen, die Bevormundung in erſter Linie und noch vor dem Richter, welchem der Richter zur Zeit ſeines Weggangs unterworfen war, zugewieſen — eine Beſtimmung, die für jetzt[25]) inſofern etwas praktiſches an ſich hat, als mit der Vereinigung des ſämmtlichen unbeweglichen Vermögens eines Abweſenden in einem Gerichtsbezirk in der Regel auch das forum domicilii deſſelben zuſammentreffen wird. Mit Beſtimmtheit wird dagegen die zunächſt eingreifende Competenz des ordentlichen perſönlichen Gerichtsſtandes und die demſelben erſt ſubſidiariſch, wenn der erſtere Gerichtsſtand nicht alsbald auszumitteln ſein ſollte, nachfolgende Competenz des forum rei sitae in §. 6 vgl. mit §. 9 und 10 des Geſ. v. 1841 ausgeſprochen. Beſitzt der Verſchollene Grundſtücke oder ſonſtiges Vermögen unter mehreren Gerichtsbarkeiten, ſo iſt das Appellationsgericht zur Beauftragung einer geeigneten Unterbehörde anzuſehen und verpflichtet (§. 6 ibid. und §. 3 des Geſ., den privileg. Gerichtsſtand betr., v. 25. Febr. 1854). Iſt die Beſtellung eines Abweſenheitsvormundes über inländiſches Vermögen eines ausgewanderten Ausländers geboten (ſ. o. §. 3) geweſen und hinſichtlich eines ſolchen Ausländers die Einleitung einer Edictalprocedur nothwendig, ſo gebührt die Leitung des diesfallſigen Verfahrens nach §. 15 des Geſ. v. 1841 ebenfalls dem Vormundſchaftsgericht. Doch hat ſich in dieſem Falle, wenn der Ausländer einem Staate angehörte, mit welchem die gegenſeitige Vollſtreckung der rechtskräftigen Urtheile durch Staatsvertrag oder in Folge ausdrücklicher Erwiederungszuſage feſtgeſtellt iſt, das inländiſche Vormundſchaftsgericht zunächſt darüber zu vergewiſſern, ob die Verſchollenheit des Ausgewanderten in ſeinem Heimatlande bereits rechtskräftig ausgeſprochen worden iſt; iſt dies ſchon geſchehen, ſo hat das Verfahren vor dem inländiſchen Vormundſchaftsgericht nicht ſtatt, und es iſt dann lediglich den Anträgen der Betheiligten auf

23) Haaſe a. a. O. S. 114 Not. 34; Oſterloh a. a. O. S. 332 Not. 14; Volkmann a. a. O. S. 412 f.

24) Vgl. Seuffert, Archiv f. Entſcheid. Bd. I Nr. 86.

25) Muthmaßlich war dieſe Beſtimmung beſonders auf ſolche Verſchollene berechnet, welche eines privilegirten Gerichtsſtands genoſſen hatten. Haaſe a. a. O. S. 114 Not. 34.

Digitized by Google

Vollziehung des ausländischen rechtskräftigen Erkenntnisses auch in Beziehung auf das inländische Vermögen des verschollenen Ausgewanderten nachzugehen. Die wegen der Todeserklärung im aktiven Militärdienst verschollener Militärpersonen zu erlassende Edictalladung gehört nach §. 1 des Ges. vom 25. März 1837 (Ges.-Samml. von 1837, S. 40, vgl. mit Ges.-Samml. v. 1862, S. 62) vor das Militärgericht, bezüglich der Todeserklärung von mit oder ohne Pension völlig entlassenen Offizieren aber nach §. 3 des Ges. v. 25. Febr. 1854 (Ges.-Samml. v. 1854, S. 31) vor das Untergericht ihres letzten Wohnorts.

Die Einrichtung des Gesuches, mit welchem um die Einleitung der Edictalprocedur zu bitten ist, ergibt sich aus den angegebenen Vorbedingungen für Stellung desselben von selbst. Die diesfalls im Allgemeinen zu berücksichtigenden Punkte, welche sich bei Haase a. a. O. S. 113, Osterloh a. a. O. S. 333, Volkmann a. a. O. S. 413 vollständig angegeben finden, als: genaue Bezeichnung des Verschollenen nach Geburt, Herkunft, Stand und Wohnort, der Zeit, zu welcher derselbe sich entfernt hat oder zuerst vermißt worden ist, Darlegung des eigenen Interesses an der Verschollenheitserklärung und der Versicherung, daß man innerhalb der gesetzten Jahre von dem Leben und Aufenthalt des Verschollenen keine Nachricht erhalten habe, sind dabei natürlich vorzugsweise einzuhalten. Hinsichtlich des eigenen Interesses der Impetranten ist wenigstens eine allgemeine Bezeichnung der Bescheinigungsmittel, mit denen sich dieselben als nächste Erben „behörig zu legitimiren" gedenken, nach dem Mandat für nothwendig zu achten und daher Gesuche, in denen diese Bescheinigung ganz mangelt, sofort zurückzuweisen. In Betreff der mangelnden Nachrichten über Leben und Aufenthalt der Abwesenden muß dagegen das Anerbieten zur Leistung des vorgeschriebenen Eides hierüber (s. u.) vorläufig genügen, da für eine derartige Negation ohnehin positive Beweisgründe sich nicht beschaffen lassen [26]). Insbesondere kann eine besondere Versicherung, daß man auf Erforschung des Lebens und Aufenthaltes des Verschollenen bereits vergebliche Mühe verwendet habe, in Übereinstimmung mit Brehm, dispunct. jur. var. sp. XI p. 4 und Volkmann a. a. O. S. 413 N. m. (a. M. Osterloh a. a. O. S. 333 Not. 16c), für den Antrag vor Altenburgischen Gerichten nicht als erforderlich angesehen werden, da weder der Inhalt des gedachten Ignoranzeides, noch der sonstige Inhalt des Mandates und des Gesetzes von 1841 darauf hinleiten, daß dem Impetranten selbst eine Pflicht zur Nachforschung obliege. Wohl aber ist es als Pflicht des Gerichtes anzusehen, daß es, wenn der Antrag von Anverwandten ausgeht und der

26) Hänsel, Excurse III S. 509.

Digitized by Google

angeblich Verschollene entweder einen dem Gerichte bekannten Generalbevollmächtigten zurückgelassen hat oder demselben ein Abwesenheitsvormund bestellt worden ist, das Gesuch alsdann den letzteren zunächst zur Erklärung vorlege, damit denselben als Vertreter des Abwesenden Gelegenheit gegeben ist, wenn dieselben Wissenschaft von dem Leben und Aufenthalt des Abwesenden oder sonst Grund haben, dem Antrage zu widersprechen, diesen Widerspruch alsbald geltend zu machen.

Befindet der Richter aber, resp. nach Verwerfung eines solchen etwaigen Widerspruches, den gestellten Antrag als zulässig, so ist der ordnungsmäßigen Einrichtung der nunmehr hierauf zu erlassenden Edictalcitation ein Hauptaugenmerk zuzuwenden, da in der Beobachtung der dafür vorgeschriebenen Solennitäten das hauptsächlichste Fundament für die Berechtigung des Richters, wenn der Verschollene resp. die sonst noch vorzuladenden Interessenten den Edictalien nicht Folge leisten, späterhin die wirkliche Todeserklärung und Präclusion auszusprechen, zu erblicken ist.

Die Edictalladung hat nach §. 12 d. Ges. von 1841 in der bei Concursen gesetzlich vorgeschriebenen und sonst üblichen Form zu geschehen, und auch in andern Gesetzen[27]) enthaltene Andeutungen geben an die Hand, daß die Analogie des Concursverfahrens bei der ganzen Procedur als Richtschnur zu dienen hat. Außer den vermöge dieser Analogie sich ergebenden allgemeinen Regeln für Abfassung einer solchen Edictalladung[28]) ist dabei noch besonders zu beobachten, daß nach dem Mandat sowohl der Abwesende selbst, als alle diejenigen, so ex quocunque capite an seinem Vermögen eine Anforderung zu machen hätten, daher nicht bloß seine muthmaßlichen Intestaterbberechtigten, sondern auch alle Gläubiger ꝛc.[29]) vorzuladen sind. Die Edictalcitation geht auf Vorladung des Verschollenen und aller gedachten Interessenten zum Erscheinen in einem Edictaltermin in Person oder durch gehörige Bevollmächtigte des Verschollenen selbst mit der Bedrohung, daß er im Falle des Nichterscheinens[30]) für todt erklärt und sein Vermögen[31]) ohne Caution, um damit als mit ihrem wahren Eigenthum schalten und wal-

27) Vgl. z. B. noch Nr. 260a und 595 der Taxordnung v. 22. Mai 1841.

28) Haase a. a. O. S. 114 ff.

29) Haase a. a. O. S. 124 Not. 60. Anders nach Königl. Sächs. Recht s. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verwalt. Bd. XXII S. 122.

30) Eigentlich hätte man noch hinzuzusetzen: oder dafern er bis dahin nicht sonst noch glaubhafte Nachricht von seinem Leben und Aufenthalt beibrächte. Denn auch in diesem Falle muß die Todeserklärung wenigstens sistirt werden.

31) Daß der Betrag dieses Vermögens in der Ladung mit angegeben werde, wie Haase a. a. O. S. 115 Not. 35 für nützlich hält, ist in den Altenb. Gesetzen nicht vorgeschrieben, möchte aber allerdings zu empfehlen sein.

Digitized by Google

ten zu können, den sich legitimirenden nächsten Erben verabfolgt und überlassen werden würde, den anderen Interessenten mit der Bedrohung, daß die sich nicht Anmeldenden, wenn sie auch nachher gleichviel unter was für einem Vormund an dem Vermögen des Verschollenen einen Anspruch zu machen gedächten, und wenn sie auch gleich einen Todtenschein producirten und erweisen könnten, daß sie zur Zeit des wirklichen Absterbens die nächsten Erben gewesen seien, mit diesem ihrem Gesuch weiter nicht gehört, sondern schlechterdings a limine judicii abgewiesen werden würden[32]). Ist die Edictalprocedur von Amtswegen durch das Vormundschaftsgericht eingeleitet worden, so ist der Edictalladung noch die Androhung einzuverleiben, daß das bisher bevormundete Vermögen, falls weder der Verschollene (Ausgewanderte), noch irgend ein Erbberechtigter sich melden und gegründete Rechte daran geltend machen werde, als erbloses Gut werde behandelt werden[33]). Der Edictaltermin ist wenigstens auf eine doppelte Sachsenfrist nach der Zeit der öffentlichen Bekanntmachung der Edictalladung[34]) hinauszurücken. Gleichzeitig ist die Ladung, auch die Ansetzung eines zweiten Termins zur Eröffnung des Präclusivdecrets aufzunehmen. Da nach Abhaltung des Edictaltermins noch eine Prüfung des gesammten Verfahrens durch die Justizoberbehörde zu erfolgen hat, so ist, um dafür die nöthige Zeit zu gewinnen, durch ein höchstes Rescript vom 2. März 1832 (s. Bekanntmachung d. L.-Collegii v. 19. Mai 1832 in d. Ges.-Samml. von 1832 S. 51) die Anordnung getroffen, daß dieser Termin auf mindestens vier Wochen über den Edictaltermin hinaus anzuberaumen ist.

Um die Edictalladung zur möglichsten Kenntnis der Verschollenen und der unbekannten Interessenten zu bringen, ist dieselbe mehrmals in öffentliche Blätter einzurücken und an den Gerichtsbreten verschiedener Justizstellen auszuhängen. Für das letztere ist bezüglich der Edictalien in Concursen nach der Proceßordnung (P. I c. 57 §. 5 S. 227) für gewöhnlich die Ladung „in dreyerley Gerichten" und bei Rittergütern

32) Mandat vom 7. Dec. 1767 S. 283 u. 284 d. 2. Beif.-Samml. Auswärtigen Interessenten ist nach der Proceßordn. S. 228 zugleich die Bestellung eines Insinuationsmandatars aufzugeben.

33) Ges. v. 20. Jan. 1841 §. 10. Dasselbe muß auch da geschehen, wenn, bei völliger Unbekanntschaft von Erbinteressenten, der Abwesenheitsvormund oder der Fiskus den Antrag gestellt hat.

34) Nicht vom Tage der Ausfertigung, daher die Gerichte bei Bestimmung des Termins auch darauf, daß sich in der Regel diese Bekanntmachung noch einige Zeit verzögert, Rücksicht zu nehmen haben. Über das Erfordernis selbst s. außer dem Mandat noch §. 12 d. Ges. von 1841 u. §. 33 d. Ges. vom 14. Oct. 1852, nach welcher letzteren Bestimmung die in §. 1 desselben Gesetzes angeordnete allgemeine Aufhebung der sächsischen Fristen auf die Edictalprocesse nicht erstreckt worden ist.

Digitized by Google

„in dreyer Herren Landen" vorgeschrieben; nach dem Mandat vom 8. Januar 1770 (2. Beif.-Samml. S. 304) ist für geringfügige Sachen von nicht über 500 Mfl. Masse die Affigirung „nur in denen nah gelegenen drey Judiciis, worunter eines, so in einer Stadt befindlich, begriffen sein soll", erfordert. Hiernach ist die Dreizahl für die zur Aushängung bestimmten Patente auch bei den fraglichen Edictalproceduren als unerläßlich festzuhalten [35]). Die ausgewählten Gerichte müssen von einander unabhängig sein; die Aushängung in verschiedenen Departements derselben Gerichtsbehörde, selbst wenn sich diese Departements (wie dies früher bei den sogen. delegirten Actuariaten der Fall war) an verschiedenen Orten befinden sollten, ist daher von dem Herzgl. Appellationsgericht nicht für genügend erachtet worden. Wegen der Einrückung in öffentliche Blätter enthält die Proceßordnung a. a. O. nur die allgemeine Bestimmung, daß dies „zu unterschiedenen Malen in denen Leipziger und Jenaischer, auch nach Befinden anderen Zeitungen" zu erfolgen habe. Das Gesetz vom 30. Jan. 1841 hat dies bezüglich der Ausgewanderten dahin näher präcisirt, daß die Bekanntmachung in dem inländischen Amts- und Nachrichtsblatte und außerdem in zwei ausländischen Zeitungen zu zweien Malen zu geschehen habe. Die Auswahl der letztgedachten zwei Zeitungen ist ganz dem Ermessen des Gerichts überlassen, insbesondere nicht nothwendig, daß eine Zeitung des Landes, in welches sich der Ausgewanderte muthmaßlich gewendet hat, benutzt werde; nur empfohlen ist bezüglich solcher Abwesenden, die ihre Auswanderung von einem Seeplatze Norddeutschlands aus begonnen haben, die Benutzung einer Hamburger Zeitung.

Hierneben ist aber auch an die bekannten Interessenten eine Vorladung zum Edictaltermin noch einzeln und besonders zu erlassen. Auch dies folgt als unerläßlich aus der Analogie des Concursverfahrens [36]) und den Modificationen, welche §. 11 d. Ges. vom 30. Jan.

35) Aus den Worten des cit. Mandats S. 304, „in denen nah gelegenen drey Judiciis" könnte man wohl schließen, daß dabei das eigene Judicium, welches die Edictalien erläßt, nicht mitgezählt werden dürfe und daher eigentlich der Anschlag in vier Gerichten nothwendig sei. Nach dem Zusammenhang mit den unmittelbar vorausgehenden Worten: „wenn es zumal Bauerleute, von denen keine an entfernten Orten habende Negotia zu vermuthen betrifft, sollen sogleich Edictales, so jedoch in denen nah gelegenen Judiciis — zu affigiren, erlassen werden", kann man jedoch der Erwähnung der „nahe gelegenen Judicia" nur die Bedeutung beimessen, daß es bei so geringfügigen Vermögensmassen nicht gerade nothwendig ist, zur Aushängung der Patente entfernte Gerichtsbehörden auszuwählen.

36) Proceßordn. P. I Cap. 37 §. 5. Die bez. Vorschrift wurde zwar durch Rescr. vom 9. Nov. 1812 u. Regier.-Umlauf vom 21. Dec. 1812 aufgehoben, jedoch durch die Regier.-Bekanntmach. v. 30. Dec. 1818 (S. 242 d. Nachtr. z. 3. Beif.-Samml.) wiederum in Kraft gesetzt. Vergl. noch Kind, quaest. for. I c. 35

Digitized by Google

1841 neben der Bestätigung der allgemeinen Regel hinsichtlich der Benachrichtigung im Auslande, d. h. außerhalb des Herzogthums sich aufhaltender muthmaßlicher Intestat- oder Vertragserben eingeführt hat. Nach Analogie der in §. 47 d. Ges. über den unbestimmten summarischen Proceß vom 7. April 1823 über die Vorladung auswärtiger, im Inlande nicht vertretener Imploranten gegebenen Vorschrift soll es bezüglich solcher Interessenten nemlich genügen, wenn nur die an dieselben zu richtenden Notificationen von dem edictaliter anberaumten Anmeldungstermin auf die Post gegeben werden, während den im Inlande sich aufhaltenden bekannten Interessenten die Zufertigungen in vorschriftsmäßiger Weise, also mittelst legaler Insinuation durch ihre ordentlichen Obrigkeiten behändigt werden sollen. Für diese Aufgabe zur Post und resp. Behändigung ist dabei eine Frist von mindestens acht Wochen vor dem Edictaltermin vorgeschrieben, so daß in dieser Hinsicht die sonst für die Edictalladung vorgeschriebene doppelte sächsische Frist einigermaßen verkürzt worden ist. Selbst wenn diese Frist nicht eingehalten worden ist, oder wenn überhaupt eine Vorladung der bekannten Interessenten nicht erfolgt sein sollte, wird jedoch eine Sanirung dieses Mangels immer noch dadurch erlangt werden können, wenn nur die bekannten Erbinteressenten ohnedem freiwillig in dem angesetzten Edictaltermin erscheinen[37]). Im übrigen kann man den Begriff der bekannten Interessenten nicht soweit ausdehnen, daß das Gericht die Verpflichtung hätte, hierbei jede zufällige Notiz über ein solches, vielleicht an sich schon nur entfernteres Interesse zu berücksichtigen. Die Nothwendigkeit besonderer Vorladung kann daher immer nur auf diejenigen bezogen werden, die entweder durch den gestellten Antrag und die darauf gefolgten Erörterungen, oder durch die bisherige curatelische Verwaltung über das Vermögen des Abwesenden dem Gericht als solche bekannt geworden sind, welchen ein directer Anspruch an dem oder auf das fragliche Vermögen zusteht; denn die Vorladung aller andern ist schon durch den öffentlichen Edictalaufruf als zur Genüge bewirkt anzusehen. Bei Anverwandten verschiedener Grade muß es deshalb immer genügen, wenn die Benachrichtigung von dem Edictaltermin nur an diejenigen gerichtet wird, welche gesetzlich als die nächsten Erben erscheinen[38]); außerdem ist regelmäßig zu diesen Personen ein etwa verordneter Generalbevollmächtigter, Abwesenheitsvormund oder sonstiger

p. 425; Hänsel, Excurse Bd. III S. 516; Kori, Theorie d. Sächs. summar. Processe S. 313 Not. 3.

37) So erkannte d. H. Appellationsgericht in einem an d. Stadtgericht Altenburg erlassenen Rescr. v. 8. Jan. 1851.

38) Sollte unter den Anverwandten sich bereits ein gerichtlich anhängiger Streit

Digitized by Google

Vertreter (z. B. ein noch nicht liberirter Alters- oder Prodigalitätsvormund) zu rechnen. Sollten unter den so vorzuladenden Interessenten selbst sich solche befinden, deren frühere Existenz dem Gericht zwar bekannt geworden, deren jetziges Leben und gegenwärtiger Aufenthalt aber unbekannt ist, so hat das Gericht, wenn nicht etwa (wie z. B. bei Kindern oder Geschwistern eines Verschollenen, die mit demselben zugleich in die Fremde gegangen sind) die Edictalprocedur zugleich auf eine Todeserklärung auch dieser Personen ausgedehnt werden kann, zuvörderst zum Behuf legaler Vertretung solcher bekannten, aber nicht anwesenden Interessenten die nöthigen Schritte einzuleiten und die Vorladung den nach Befinden für solche zu bestellenden Abwesenheitsvormündern zugehen zu lassen [39]). Eine Erleichterung ist hierbei den Gerichten nach §. 11 d. Ges. v. 30. Jan. 1841 insofern geboten, als, falls der Aufenthaltsort solcher Erbberechtigter ganz unbekannt ist, dieselben aber vor ihrer letzten Entfernung aus dem Inlande dem Altenburgischen Staatsverbande angehört und nicht notorisch ein neues Unterthanenverhältnis im Auslande begründet haben, es auch schon für ausreichend erklärt ist, wenn nur dem Gerichte ihres letzten Wohnorts im Inlande der Edictaltermin innerhalb der vorerwähnten Frist angezeigt wird.

Als eine nothwendige Vorbereitung für die ordentliche Abhaltung des Edictaltermins ist endlich noch die Bestellung eines Contradictors zu nennen. Der Ernennung eines solchen wird zwar weder in dem Mandat von 1767, noch in dem Gesetz vom 30. Jan. 1841 besondere Erwähnung gethan; indessen erscheint dieselbe insbesondere in den Fällen, wenn das Edictalverfahren von Amtswegen eingeleitet worden ist, zur Formirung eines proceßgemäßen Verfahrens kaum zu umgehen [40]), und es hat daher das Herzogl. Appellationsgericht mindestens in neuerer Zeit, unter Berufung auf die aus S. 226 und 231 der Proceßordnung zu entnehmende Analogie, dieselbe immer für nothwendig angesehen. Es kann jedoch keinem Bedenken unterliegen, mit dieser Function auch den etwa vorhandenen Abwesenheitsvormund oder

über die Erbschaft erhoben haben, so sind diesfalls alle an dem Streit Betheiligte besonders vorzuladen.

39) Denn auch einem Abwesenden kann nach Altenburg. Rechte eine Erbschaft durch die Erklärungen oder Handlungen seines gesetzlichen Vertreters erworben werden; §. 124 und 138 d. Ges. über die Intestaterbfolge vom 6. April 1841 (Ges.-Samml. von 1841 S. 86); Erkenntnis d. OAGerichts Jena in Martin's Jahrb. d. Gesetzgebung u. Rechtspflege Bd. II (1829) S. 96 ff.; Heimbach, Lehrb. d. part. Privatr. §. 303 Nr. 2. Diese Erbfähigkeit wirkt auch auf ausländische Erbschaften; vgl. Seuffert, Archiv XV Nr. 199.

40) Vgl. auch Volkmann a. a. O. S. 417 Not. a S. 418. — Haase a. a. O. S. 199 ff.

Digitized by Google

Generalbevollmächtigten zu betrauen, worauf sogar die Bestimmungen der Proceßordn. P. I Cap. 37 §. 8 hinleiten. Jedenfalls ist jedoch die Bestellung und Verpflichtung des Contradictors noch vor dem Edictaltermin vorzunehmen, damit derselbe in den Stand gesetzt werde, sich durch Acteneinsicht und sonst über den Sachverhalt ordentlich zu informiren und für die Terminsabwartung vorzubereiten.

§. 5.

Ist der Edictaltermin in der eben erwähnten Weise gehörig vorbereitet worden, so bietet das Verfahren in demselben selbst nach Altenb. Rechte im Wesentlichen nichts Besonderes dar. Der Termin hat mit einleitendem Vortrag durch den Richter über das bisher Geschehene zu beginnen, worauf die Erschienenen sich mit ihren Anträgen nochmals zu melden zu haben und der Contradictor seine Erklärung darauf abzugeben hat. Eine besondere Provocation und Ungehorsamsbeschuldigung wider die Nichterschienenen bedarf es von Seiten des letztern jetzt nicht mehr[41]). Meldet sich der angeblich Verschollene vor oder in dem Termin noch persönlich oder durch einen Bevollmächtigten, so endigt sich, wenn die Identität oder resp. die Legitimation des Bevollmächtigten anerkannt wird, damit sofort das ganze Edictalverfahren; sollte die Identität noch bezweifelt werden oder die Legitimation noch Mängel zeigen, so ist auf Beweis der Identität oder Anbringung besserer Legitimation[42]) zu interloquiren und nach Befinden deshalb der Präclusionstermin weiter hinauszuverlegen. Gleichermaßen ist, wenn statt des Abwesenden ein von einem andern Gericht bestätigter Altersvormund oder ein näherer Erbe wie der, welcher die Edictalien beantragt hat, erscheint und der Zulässigkeit der letztern Widerspruch entgegensetzt, zuvörderst über diese Intervention zu entscheiden[43]). Meldet sich dagegen weder der Abwesende selbst, noch ein Bevollmächtigter desselben und ist dem Verfahren überhaupt von Niemandem mit Erfolg widersprochen worden, so hat das Gericht, wenn es zuvor die Legitimationen der die Herausgabe des Vermögens verlangenden Antragsteller ebenfalls geprüft und in Ordnung befunden hat[44]), zur Abnahme des vorgeschriebenen Igno-

41) §. 5 u. 6 d. Ges. zur Abkürzung und Verbesserung des Proceßverfahrens in Civilstreitigkeiten v. 14. Oct. 1852.

42) Mit Recht bemerkt Bolkmann a. a. O. S. 417 Not. d, daß eine bloß summarische Recognition, wie etwa bei Aufnahme von Recognitionsregistraturen über Unterschriften, die Erbinteressenten sich nicht gefallen zu lassen brauchen. (v. Trützschler) v. d. Präclusion der Gläubiger II 1 §. 7; Haase a. a. O. S. 193; Bolkmann a. a. O. S. 417 Not. b.

43) Haase a. a. O. S. 202. Bolkmann a. a. O. S. 417.

44) Befinden sich hierbei Mängel, so kann dies auch nicht die Zurückweisung und Präclusion, sondern nur die Auflage der Beibringung besserer Legitimation

Digitized by Google

ranzeides darüber zu schreiten, daß die Impetranten in den letzten zehn Jahren von dem Leben und Aufenthalt des Abwesenden keine Nachricht erhalten haben[45]). Sollten der Antragsteller mehrere sein, so geht die Meinung von Biener, Systema §. 276 not. 4, Kori, summar. Proc. §. 147 und Osterloh a. a. O. §. 122 Not. 17[46]) dahin, daß der Eid von allen ohne Ausnahme geleistet werden muß, und daß daher für den Fall, wenn der eine der Impetranten sich der Eidesleistung weigert, der Antrag auf Todeserklärung und Ausantwortung des Vermögens auch bezüglich derjenigen, welche etwa zu schwören bereit sind, dann zurückzuweisen, die Vormundschaft für den Abwesenden aber fortzusetzen ist. Dieser Meinung hat auch das H. Appellationsgericht um so mehr folgen zu müssen geglaubt, als das Mandat vom 7. Dec. 1767 von eidlicher Erhärtung „der Impetranten", also im Plural redet (Rescr. an das Gerichtsamt Ronneburg vom 21. Sept. 1855). Anderer Ansicht ist jedoch das OAGericht Jena, indem dasselbe (Bescheid vom 8. Dec. 1855 in ders. Sache) in dem gedachten Plural nur eine allgemeine Bezeichnung für „den Impetranten" überhaupt finden zu müssen geglaubt hat. Das OAGericht sieht deshalb die Frage, ob die Eidesleistung des einen Antragstellers genüge, oder ob dieselbe von mehreren oder allen zu erfordern sei, nur als eine dem richterlichen Ermessen anheimgestellte quaestio facti an, bei deren Entscheidung insbesondere zu erwägen sei, ob, wenn der eine Antragsteller, der sich zur Eidesleistung erbietet, allein aufgetreten wäre, seine Eidesleistung auch allein genügt hätte, und ob gegen dessen Kenntnis von der Sache und gegen seine Glaubwürdigkeit irgend ein Bedenken vorliege. Sollte ferner der Antrag auf Todeserklärung von dem Staatsfiskus, indem derselbe das Vermögen des Abwesenden als erbloses Gut in Anspruch nimmt, gestellt worden sein, so kann nach Ansicht des H. Appellationsgerichts (Rescr. vom 4. Oct. 1854 an das Gerichtsamt Kahla) auch dieser von der Pflicht zur Ableistung des Eides durch einen legalen Vertreter[47]) nicht entbunden werden, da nach dem Gesetz über die Intestaterbfolge vom April 1841

nach sich ziehen, nach Analogie der Proceßordn. P. I Cap. 37 §. 10 S. 233 (Reser. an d. Gerichtsamt Eisenberg v. 2. Oct. 1855).

45) Daß dies der rechte Zeitpunkt für Ableistung des Ignoranzeides ist, ergibt sich aus der Bekanntmachung des vormaligen Justizcollegiums v. 19. Mai 1832 alin. 3.

46) Zweifelhaft drückt sich Volkmann a. a. O. S. 414 Not. o aus. Ganz unbegründet ist offenbar die Meinung von Brehm, D. de cit. edict. (Lips. 1829) p. 5, daß das Erbtheil des Nichtschwörenden dann den übrigen Miterben zufalle. Dies könnte sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn der Nichtschwörende ausdrücklich auf sein Erbrecht verzichtet.

47) Im Fragefalle wurde hierzu ein Mitglied der obern Finanzbehörde bestimmt.

Digitized by Google

T. 53 (Ges.-Samml. von 1841 S. 91) der Staatsfiskus hinsichtlich der ihm zufallenden Verlassenschaften in allen Rechten und Verbindlichkeiten einem gesetzlichen Erben völlig gleichgestellt ist und es ohne Ableistung des fraglichen Eides, hingesehen auf die Bestimmungen des Gesetzes, an der ausreichenden Bescheinigung der Legitimation des Impetranten ermangeln würde. Doch wird es der Staatsfiskus immer in der Hand haben, dieser Eidesleistung sich dadurch entschlagen zu können, wenn er, ohne selbst als Impetrant aufzutreten, beim Mangel bekannter Erbinteressenten die Einleitung der Edictalprocedur (nach §. 10 des Gesetzes vom 30. Januar 1840) von Amtswegen veranlaßt, in welchem Falle dann auch die Behandlung des vorhandenen Vermögens des Abwesenden als erbloses Gut, wenn es nach abgehaltenem Edictaltermin und erfolgter Todeserklärung sich als solches erwiesen hat, natürlich von Amtswegen zu verfügen ist.

Ganz singulär und dem Altenb. Rechte eigenthümlich ist aber die schon in §. 2 kürzlich erwähnte Bestimmung, daß unmittelbar nach Ablauf des Edictaltermins, ingleichen nach Beibringung vollständiger Legitimation und nach Ableistung des Ignoranzeides, die ergangenen Acten, insofern sie (wie nach Aufhebung des privilegirten Gerichtsstandes jetzt ausnahmslos zu geschehen hat) von Untergerichtsbehörden ergangen sind, mit Bericht an die Justizoberbehörde eingesendet werden müssen[48]), damit von derselben, und zwar noch vor Publication des Präclusionsdecrets, eine Entscheidung „über die rechtlich begründete Zulässigkeit der Todeserklärung" eintrete. Die diesfallsige Entschließung der Oberbehörde, welche hiernach von einer eingehenden Prüfung über das Vorhandensein aller formellen und materiellen Vorbedingungen der Todeserklärung auszugehen und je nach den Umständen entweder die Genehmigung oder die Cassation des Verfahrens oder die Ergänzung heilbarer Mängel auszusprechen hat, soll noch vor Abfassung des Präclusionsdecrets den Impetranten bekannt gemacht und auf dieselbe in dem Präclusionsdecret selbst Bezug genommen werden. Die ganze Bestimmung verdankt ihre Entstehung dem nemlichen Eifer für Überwachung der Unterbehörden, aus welchem sich auch noch so manche andere Eigenthümlichkeiten unseres Proceßrechtes, wie z. B. die Bestimmung, daß vor Untergerichten kein Concurs ohne Genehmigung der Justizoberbehörde eröffnet werden durfte (§. 33 c. d. Edicts vom 18. April 1831), erklären. Mag dieser Eifer bei dem früheren mangelhaften Zustande mancher Patrimonialgerichte des Landes vormals seine Berechtigung gehabt

48) §. 32 lit. d des Edicts über einige Verhältnisse des Staatsdienstes vom 18. April 1831; Bekanntmachung d. Landes-Justiz-Collegii vom 19. Mai 1832 (Ges.-Samml. von 1832 S. 51).

Digitized by Google

haben, so hat dieser Grund doch gegenwärtig nach der Aufhebung aller Patrimonialgerichtsbarkeit und bei der bessern Verfassung aller Untergerichte längst seine Bedeutung verloren, und es hätte die Beseitigung der betreffenden Vorschrift wohl schon längst mit demselben Rechte geschehen können, mit welchem die Einholung einer Genehmigung zur Concurseröffnung schon seit 1855 (durch Verord. vom 2. Febr. d. J., Ges.-Samml. von 1855 S. 44) beseitigt worden ist. Wie früherhin bei der letztern Vorschrift, so hat sich überdies auch bei dieser der Zweifel erhoben, welche Rechtsmittel den Betheiligten offen stehen, wenn die Justizoberbehörde bei der ihr zugewiesenen Prüfung Anstand nimmt, das bisherige Verfahren zu genehmigen und dasselbe entweder ganz cassirt oder die Genehmigung zur Todeserkläung doch noch von gewissen Vorbedingungen abhängig macht. Mehrfach hat man das Decret der Oberbehörde nur als eine administrative Anordnung ansehen wollen, gegen welche daher ein etwaiger Recurs in Gemäßheit der §§. 32 und 89 des Edicts vom 18. April 1831 (Ges.-Samml. von 1831 S. 26 u. 50) an die höchste Stelle einzuwenden sei. Wenn jedoch das höchste Rescript vom 2. März 1832 die Verfügung der Oberbehörde ausdrücklich als eine Entscheidung bezeichnet hat und es auch kaum einem begründeten Zweifel unterliegen kann, daß die Edictalprocedur nur als eine Civilproceßsache zu betrachten ist, welche durch die gedachte genehmigende Verfügung in der Hauptsache rechtlich entschieden wird, so folgt hieraus, daß als das allein zulässige Rechtsmittel nach Analogie des §. 40 des Ges. vom 14. Oct. 1852, die Abkürzung und Verbesserung des Civilproceßverfahrens betr., nur das Rechtsmittel der Oberappellation an das OAGericht zu Jena angesehen werden kann. Demgemäß hat sich auch nicht bloß das H. Appellationsgericht (Rescr. an das Gerichtsamt Kahla vom 11. Nov. 1854, an das Gerichtsamt Ronneburg vom 21. Sept. 1855), sondern ebenso das OAGericht zu Jena (Besch. vom 8. Dec. 1855) ausgesprochen.

Kommt es nach Erledigung aller im Vorstehenden erwähnten Vorbedingungen zur Abfassung und Publication des Präclusionsbescheides, so hat derselbe unter Bezugnahme auf das genehmigende Rescript des Appellationsgerichts, resp. insofern dieses diese Genehmigung noch von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht hat, unter Bezugnahme auf die inzwischen erfolgte Erfüllung derselben[49]) die Todeserklärung in

49) Regelmäßig gehört dazu, daß die in der Regel bei der Einsendung der Acten an das Appellationsgericht noch nicht bei den Acten befindlichen Affixions- und Refixionsregistraturen über Aushängung der Patente in den verschiedenen Gerichten, ingleichen die Nummern der Zeitungsblätter, in welche die öffentliche Edictalladung eingerückt gewesen ist, zu den Acten gebracht werden und daß der für ver-

Digitized by Google

der Weise auszusprechen, daß auf Grund der fruchtlos erlassenen Edictalladung der Verschollene nunmehr für verstorben zu achten und sein zurückgelassenes Vermögen an die sich gemeldet habenden nächsten Erbberechtigten, beim Mangel derselben als erbloses Gut der Staatskasse, ohne Caution, um damit als mit ihrem wahren Eigenthum zu schalten und zu walten, zu verabfolgen und zu überlassen sei. Gleichzeitig werden in demselben alle übrigen sich nicht gemeldet habenden Personen mit jeglichem Anspruch an diesem Vermögen nunmehr förmlich ausgeschlossen. Ist die Einleitung des Edictalverfahrens bei verschollenen Ausgewanderten von Amtswegen erfolgt, so ist der Präclusivbescheid seinem wesentlichen Inhalte nach innerhalb der Zehntagsfrist von Zeit seiner Eröffnung an einmal durch das Amts- und Nachrichtsblatt bekannt zu machen[50]). Als Moment des fingirten Todes, mit welchem natürlich sich auch eine etwaige Abwesenheitsvormundschaft endigt, hat dabei der Zeitpunkt der Eröffnung des die Todeserklärung aussprechenden Erkenntnisses[51]), nicht dessen Rechtskraft zu gelten, und nach diesem Zeitpunkt sind daher die etwa mit einander collidirenden Rechte der erschienenen Erbinteressenten zu beurtheilen. Der Rechtskraft der erfolgten Verschollenheitserklärung gedenkt allerdings daneben beiläufig §. 10 d. Ges. v. 30. Jan. 1841 bei der Bestimmung, daß etwaige Testamentserben (und bei gleichem Grunde auch Legatare), welche in einem erst nach rechtskräftig erfolgter Verschollenheitserklärung eröffneten Testamente des (verschollenen) Ausgewanderten rechtsgiltig eingesetzt worden sind[52]), von der Bedrohung der Ausantwortung des Ver-

schollen zu Erklärende nicht noch bis zur Eröffnung des Präclusivbescheides sich persönlich oder durch gehörig Bevollmächtigten bei dem Gerichte anmeldet.

50) §. 17 d. Ges. v. 30. Jan. 1841. Auf die Vollstreckbarkeit hat dies keinen Einfluß, dieselbe tritt nichtsdestoweniger alsbald nach Ablauf der Zehntagsfrist ein.

51) Vgl. §. 129 d. Ges. über die Intestaterbfolge vom 6. April 1841 (Ges.-Samml. von 1841 S. 87). Heimbach, Lehrb. §. 76 Not. 18. Über diesen Zeitpunkt hinaus kann daher dem Verschollenen auch keine Erbschaft mehr zufallen. Haase a. a. O. S. 127. Osterloh a. a. O. S. 337. Das Mandat von 1767 setzte dagegen den Zeitpunkt auf die Zeit des Ansuchens; siehe auch Bruns a. a. O. S. 185.

52) Vertragserben können in dieser Hinsicht den Testamentserben nicht gleichgestellt werden, sondern haben sich im Edictaltermin sub poena praeclusi ordentlich zu melden; dasselbe hat von Testamentserben zu gelten, wenn der Inhalt des Testaments zufällig noch vor der Todeserklärung eröffnet worden sein sollte; Haase a. a. O. S. 130 Not. 77. In der Regel sind jedoch, wenn ein Verschollener ein Testament hinterlassen hat, über Eröffnung und Bekanntmachung seiner letztwilligen Verordnung nur die gewöhnlichen Vorschriften anzuwenden, §. 18 d. Ges. über die An- und Aufnahme ꝛc. von Testamenten vom 14. Januar 1837 (Ges.-Samml. von 1837 S. 5) und daher Testamente Verschollener vor eingetretener Rechtskraft des Präclusivdecrets nicht zur Eröffnung zu bringen. Vgl. Hänsel, Excurse I S. 79 ff.

Digitized by Google

mögens als erbloſen Gutes nicht betroffen werden ſollen; als die entſcheidende Stelle muß jedoch, weil ſie die Frage ex professo betrifft, bei dieſer ſcheinbaren Antinomie die Beſtimmung des cit. §. 129 des Geſ. vom 6. April 1841 betrachtet werden. Die Rechtsnormen, nach denen die Erbfolge in das inländiſche Vermögen eines Verſchollenen zu beſtimmen iſt, ſind immer lediglich die im Herzogthum geltenden, es müßte denn ſein, daß die Verſchollenheitserklärung nicht von einem inländiſchen Gericht, ſondern von der Gerichtsbehörde eines fremden Staates ergangen wäre, deſſen Erkenntniſſe nach Inhalt beſtehender Staatsverträge im Inlande zu vollſtrecken ſind[53]). Umgekehrt wird aber auch mit gleichem Rechte, wenn ein diesſeitiges Gericht auf die Verſchollenheit einer Perſon rechtskräftig erkannt hat, welche noch in einem andern Staate, der mittelſt Rechtspflegeconvention mit dem Herzogthum verbunden iſt, Vermögen zurückgelaſſen hat[54]), die Erbfolge in letzteres Vermögen nach diesſeitigen Geſetzen beanſprucht werden können.

Mit der Rechtskraft des Präcluſivbeſcheides geht für alle diejenigen, welche ſich hätten melden ſollen, zugleich die Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand verloren, wenn ſie dasſelbe auch ſonſt zu genießen gehabt hätten[55]). Der Tod und die Todeszeit gilt damit allen dritten Perſonen gegenüber für die Frage der Beerbung als unwiderruflich und unbedingt feſtgeſtellt[56]). Sollten daher dritte Perſonen auch durch Production eines legalen Todtenſcheins oder ſonſt wie ſpäter noch zu erweiſen im Stande ſein, daß der Tod zu einer andern Zeit erfolgt ſei und daß ſie hiernach als die nächſten Erben zu betrachten geweſen wären, ſo nützt ein ſolcher Nachweis ihnen nicht mehr, vielmehr ſind dieſelben mit ihren diesfallſigen Geſuchen weiter nicht zu hören und ſchlechterdings a limine judicii abzuweiſen[57]). Nur der Verſchollene ſelbſt kann die Todespräſumtion durch ſeine wirkliche Wieder-

53) §. 14 d. Geſ. v. 30. Jan. 1841; §. 158 d. Inteſtaterbgeſ. vom 6. April 1841. — Haaſe a. a. O. S. 143 ff.

54) Über Begrenzung des Begriffs „zurückgelaſſenes Vermögen" vgl. Hänſel, Excurſe I. S. 82 f.

55) Arg. d. Proceßordn. P. I c. 37 §. 5 S. 228.

56) Die Succeſſion ſtellt ſich damit in aller Schärfe als eine ſog. successio ex nunc dar, und damit iſt auch die Präſumtion des Lebens des Verſchollenen bis zu dieſem Zeitpunkt begründet. Vgl. Bruns a. a. O. S. 168, 194 f.; Kraut, die Vormundſchaft Bd. II S. 258 ff.; Seuffert, Archiv, Bd. III Nr. 289, 349, Bd. V Nr. 3, Bd. IX Nr. 310, Bd. XI Nr. 257; Steinberger in Weiske's Rechtslexikon XII S. 711 und oben §. 4 Not. 20. Über die entgegengeſetzte Anſicht vgl. jetzt beſ. das Erkenntn. des Obertribunals Stuttgart bei Seuffert, Archiv Bd. XV Nr. 20 u. die daſ. gegebenen Nachweiſungen; Schletter, Jahrbücher. I. S. 229.

57) Mandat v. 7. Dec. 1765 S. 284 d. 3. Beil.-Samml.

Digitized by Google

kunft[58]) wiederum zerstören. Auch in solchem Falle ist der Zurückgekehrte nur dazu berechtigt, von denjenigen, welche sein Vermögen ausgeantwortet erhalten haben, die Restitution des Stockes, oder wenn es bereits an einen Dritten alienirt sein sollte, des Werthes desselben zu verlangen, während die bereits percipirten Nutzungen den Verpflichteten als bonae fidei possessores verbleiben[59]). Das ist jedoch jedenfalls nur so zu verstehen, daß den Verpflichteten und deren Rechtsnachfolgern der Genuß jener Früchte alsdann zu Theil werden soll, wenn dieselben, wie dies bei ordentlichem Verlauf des Edictalprocesses zu vermuthen ist, sich wirklich in bona fide befunden haben; es bleibt daher nicht ausgeschlossen, daß, wenn der zurückgekehrte Verschollene etwa beweisen könnte, daß die Besitzer seines Vermögens dennoch schon früher vollkommen glaubhafte Kenntnis von seinem Leben gehabt, vielleicht den Ignoranzeid sogar wider besseres Wissen geleistet haben, er dieselben als malae fidei possessores auch auf Ersatz aller Früchte, selbst der percipiendi belangen kann[60]), und immer muß das Recht hierzu wenigstens von dem Zeitpunkte der Klaginsinuation an eintreten. Eine Vindication der zu dem Vermögen gehörig gewesenen Gegenstände von dritten Personen wird dagegen dem Zurückgekehrten nach den Worten des Mandats unter keinen Umständen eingeräumt werden können. Nur Collateralgelder, welche etwa von dem Vermögen des Verschollenen bei dessen Aushändigung abzuziehen gewesen sind, können als indebite erhobene Gelder von derjenigen Kasse, in welche sie gezahlt worden sind, wiederum zurückgefordert werden[61]).

Noch ist hier des Falles zu gedenken, wenn die im Edictaltermin erschienenen Erbinteressenten in Betreff der Art der Beerbung des Verschollenen selbst nicht einig sind und hierüber sich zwischen den Erbinteressenten selbst, z. B. wegen der Auslegung besonderer Familienstatute, ein Rechtsstreit entspinnt. Für diesen Fall verdienen die Bemerkungen besondere Beachtung, die Chr. Martin mit Beziehung auf ein nach Altenburg ergangenes Erkenntnis des Oberappellationsgerichts zu Jena (vom 11. Jan. 1826) in einem ähnlichen Falle über die rechtliche Natur der Edictalladungen unbekannter Erben eines Verstorbenen in G. O. Martins Jahrb. Bd. II S. 86 ff. gemacht hat. Mit Recht

58) Nur von dieser spricht das Mandat a. a. O. Doch ist derselben der Nachweis persönlicher Existenz jedenfalls gleich zu achten.

59) Mandat a. a. O. S. 123 Not. 58.

60) l. 20 §. 3, 11 et 14, l. 25 §. 5, 11 et 15 D. de hered. petit. (5, 3).

61) Mandat a. a. O. Keinen Unterschied kann es nach dem angegebenen Grunde machen, ob die Erhebung von einer Communal- oder von der Staatskasse erfolgt war.

Digitized by Google

warnt Martin a. a. O. die Gerichte davor, diesfalls einen ganz ungeregelten Vorzugsstreit zwischen allen sich Meldenden in das Edictalverfahren selbst einzumischen. In seiner Eigenschaft als Edictalrichter kann dann, zumal es auch den Pflichten des bisherigen Abwesenheitsvormunds [62]) oder eines bestellten Contradictors [63]) fern liegt, sich auf den Prioritätsstreit unter den verschiedenen Erbinteressenten mit einzulassen, die Thätigkeit des Richters sich nur darauf erstrecken, nach Prüfung der verschiedenen Legitimationen zu bestimmen, wer von den erschienenen Erbprätendenten in den Besitz der streitigen Erbschaft gerichtlich einzuweisen sei, mit Vorbehalt des petitorii für alle übrigen. Dieselben Gründe müssen aber auch dazu führen, daß für den Fall, wenn sich außer den Erbprätendenten noch andere Interessenten, z. B. Gläubiger gemeldet haben, der Streit darüber, welche Ansprüche denselben wider die vorhandenen Erben zuständig seien, in den Edictalproceß nicht einzumischen ist. Das Präjudiz, welches dieselben im Falle ihrer Nichtanmeldung in dem Edictaltermin gemäß den Bestimmungen des Mandats treffen soll, ist nur auf Präclusion von der vorhandenen Erbmasse beschränkt; dahingegen spricht das Mandat davon, daß die vorhandene Erbmasse unter Aufsicht des Gerichts concursmäßig zur Vertheilung gebracht und zu diesem Zwecke das Vorzugsrecht der einzelnen Gläubiger geprüft werden solle, durchaus nicht, und es würde auch eine derartige Procedur ganz der erforderlichen Grundlagen entbehren, da ja keineswegs mit einer derartigen Procedur eine solche attractive Kraft verbunden ist, daß alles Vermögen des Verschollenen etwa so, wie im Concurse, unter die Aufsicht und Verwaltung des Gerichts zu fallen hat, daher der Richter gar nicht ohne weiteres im Stande ist, die Vermögensverhältnisse so wie dort zu übersehen. Es kann daher dem Sinn und Geiste des Edictalprocesses nicht entsprechen, wenn die Gläubiger in der Edictalladung, wie bei einem insolventen Vermögen, aufgefordert werden, erforderlichen Falls auch über die Liquidität und Priorität ihrer Ansprüche sowohl unter sich, als mit dem bestellten Contradictor zu verfahren; vielmehr muß es, insofern nicht die nachgewiesene Insolvenz des Verschollenen die Anwendung der concursprocessualischen Formen rechtfertigt (welchenfalls dann aber es schwerlich erst noch einer edictalen Aufrufung des Verschollenen oder seiner Erben bedürfen wird), wie in jedem andern Erbfalle, den Gläubigern überlassen werden, ihre diesfallsigen Ansprüche, wenn und soweit sie damit sich fortzukommen

62) Haase a. a. O. S. 87 Not. 3 u. S. 190 Not. 18.

63) Dies folgt, da die verschiedenen Erbprätendenten diesfalls den beim Concurs in einer Classe stehenden Gläubigern gleich zu stellen sind, noch besonders aus den Bestimmungen der Proceßordn. S. 236 und 2. Beil.-Samml. S. 308.

Digitized by Google

getrauen, gegen die Erben, die nach der Edictalprocedur als die nächstberechtigten erkannt werden, im geordneten Rechtswege an- und auszuführen. In dieser Weise hat sich auch neuerdings ein Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Dresden (Zeitschrift für Rechtspflege und Verw. Bd. XXII S. 172 f.) ausgesprochen.

Die Kosten der Edictalproceduren sind, wie sich dies nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§. 24 d. Publicationspatents zur Taxordnung vom 22. Mai 1841) von selbst versteht[64]) und sich in §. 18 des Ges. vom 30. Jan. 1841 noch besonders ausgesprochen findet, zunächst den Impetranten aufzubürden und erforderlichen Falls von ihnen selbst im Voraus zu erlegen. Sollte daher das im Bereiche des Inlandes befindliche Vermögen des Verschollenen zur Bedeckung dieser Kosten nicht ausreichen, so sind die Impetranten auch über den Betrag dieses Vermögens hinaus zur Erstattung derselben dem Gericht gegenüber gehalten. Erweist sich dagegen dies Vermögen als zureichend und befindet sich dasselbe etwa als Depositum in der unmittelbaren Verwahrung des die Edictalprocedur leitenden Gerichtes, so werden die Kosten von der Masse vor Aushändigung derselben sofort vorweg abgezogen (§. 24 cit.). Sollte endlich der Fortgang des Edictalprocesses dadurch, daß der Verschollene auf die an ihn ergangene Edictalladung sich meldet, gehemmt werden, so muß den Impetranten das Recht zugesprochen werden, die bis dahin aufgewendeten Kosten, da er durch die Unterlassung ordentlicher Nachrichtgebung in seine Heimat dieselben jedenfalls culpos veranlaßt hat, von dem Impetraten ersetzt zu verlangen, und ebenso wird man in der Regel, wenn der Verschollene erst nach ausgeflossenem Präclusivbescheid zurückgekehrt ist und nun mit Ansprüchen auf Herausgabe seines Vermögens auftritt, den Inhabern desselben das Recht der Retention resp. Compensation bis zum Belauf der gedachten Kosten nicht versagen dürfen. Die Kosten für die während des Edictalverfahrens etwa vorgefallenen Incidentstreitigkeiten, Appellationen ꝛc. sind natürlich je nach dem Ausgange derselben besonders zu vertheilen.

64) Haase a. a. O. S. 207. Über die Tragung der Kosten bei Cassation von Edictalverfahren s. o. am Ende d. §. 1.

Digitized by Google

Rechtsfälle aus der Spruchpraxis des ꝛc. Appellationsgerichts zu Eisenach.

(Fortsetzung von S. 282.)

Mitgetheilt von dem Herrn Appellationsgerichtsrath Rebling daf.

11.

a) Über Begründung der Publiciana in rem actio und b) insbesondere über die Erforderlichkeit der Behauptung, daß nach der Besitzergreifung der Besitz auf Seiten des Beklagten noch zur Zeit der Klage fortdauere; c) die außergerichtliche Zustimmung der Ehefrau zu einer Verpfändung ihrer Sachen durch und für den Ehemann ist ungiltig, wie letztere es für sich ist.

Klägerin behauptet: ihr Ehemann habe schon früher das Braugewerbe betrieben und behufs dessen verschiedene (im Libelle einzeln angeführte) Brauutensilien, wie Fässer u. s. w. erworben und besessen, und sie habe mit demselben am 25. Mai 1855 einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem derselbe ihr, gegen Übernahme der von demselben bis dahin gewirkten Schulden, die erwähnten Braugeräthschaften mit seinem gesammten Vermögen an Hausmobilien, Vorräthen u. s. w. abgetreten, auch in Gemäßheit dieses Vertrags Besitz und Eigenthum an den ihr abgetretenen Mobilien ergriffen. Im December 1855 habe ihr Ehemann die fraglichen Brauereigeräthschaften in die mit dem Beklagten gemeinschaftlich betriebene Brauerei zu Wickerstedt gebracht und sie bei seinem Hinweggange am 27. Juni 1857 darin zurückgelassen, Beklagter habe sich sodann in alleinigen Besitz derselben gesetzt und verweigere deren Herausgabe. Es wird nun diese in Natur oder der Werthsersatz gefordert.

Das ꝛc. Kreisgericht zu W. wies die Klage in der angebrachten Maße ab, dieselbe wurde jedoch auf desfallsige Appellation von dem ꝛc. Appellationsgericht zu Eisenach aufrecht erhalten und zum Beweis verstellt, unter Abschneidung des indirecten Gegenbeweises; dieses Erkenntnis wurde auf dagegen ergriffene Oberberufung von dem ꝛc. Oberappellationsgericht zu Jena lediglich bestätigt. Die zweitinstanzlichen Gründe lauten:

1) „Die angestellte Klage ist zwar als rei vindicatio nicht begründet, weil kein originärer, sondern ein abgeleiteter Erwerb behauptet worden ist, bei diesem aber angeführt und bewiesen werden muß, daß auch der auctor, bezüglich die auctores wahre Eigenthümer waren. Nach der Klage will nun die Klägerin das Eigenthum an den libellirten Brauereiutensilien von ihrem Ehemanne erworben haben; daß dieser aber wirklicher Eigenthümer war, ist

Digitized by Google

nicht angegeben. Indeß läßt sich die Klage als auf Anerkennung des sog. quasi dominii gerichtete Publiciana in rem actio, welche ebenso wie die vindicatio das praktische Gesuch der Klage auf Herausgabe der libellirten Gegenstände rechtfertigt, aufrecht erhalten, indem ein justus titulus — Abtretung gegen Schuldübernahme — und Besitzergreifung von Seiten der Klägerin behauptet worden ist, die Besitzergreifung aber eine durch den Erwerbstitel berechtigte war, welche der sonst zum Grunde der Publiciana in rem actio erforderlichen Tradition in den Quellen, l. 1 §. 2. l. 2 u. 7 pr. Dig. de Public. in rem act. (6, 2), l. 18 §. 15 Dig. de damno infecto (39, 2), l. 1. §. 5 Dig. de exc. rei vend. et trad. (21, 3) gleichgestellt wird.

2) „Der vorige Richter vermißt die Angabe, daß der Beklagte noch gegenwärtig Besitzer sei; allein in der Klage ist behauptet, daß Beklagter im Juni 1857 sich allein in den Besitz der libellirten Gegenstände gesetzt hat, und es ergibt sich auch sonst nicht, daß dieser Besitz wieder aufgehört habe, weshalb der einmal angefangene Besitz als fortdauernd betrachtet werden muß, zumal zwischen der libellirten Besitznahme und der Klage nur ein dreijähriger Zeitraum in der Mitte liegt, während dem Eigenthümer auf Abforderung einer widerrechtlich entzogenen Sache die dingliche Klage 31 Jahr 6 Wochen und 3 Tage zusteht.

3) „Hiernach war der Klägerin der Beweis der Klage aufzulegen, da die wesentlichsten Klagbehauptungen: a) der Erwerbstitel, b) die Besitzergreifung von Seiten der Klägerin, c) die Besitzesanmaßung von Seiten des Beklagten bestritten worden sind und (ad c) der Besitz nur in Bezug auf einige Gegenstände im Einredevortrage eingeräumt worden ist.

4) „Von den vorgeschützten Einreden konnte keine zum Beweise zugelassen werden.

a) „Darauf daß, wie Beklagter anführt, die libellirten Utensilien theilweise sich in schlechtem Zustande befinden und selbst werthlos geworden sind, kann es bei dem Zwecke der angestellten Klage nicht ankommen, desfallsige Rücksichten befreien den Beklagten von der Pflicht zur Herausgabe nicht.

b) „Wenn Beklagter weiter anführt, daß der Klägerin Ehemann früher am Ende des Jahres 1855 wegen seiner etwaigen Gewährschaft aus dem mit ihm (dem Beklagten) gemeinschaftlich betriebenen Braereigeschäfte die libellirten Gegenstände (ob alle oder welche einzelne, ist nicht ersichtlich) ihm dem Beklagten als Caution in Höhe von circa 100 Thalern unterpfändlich eingesetzt habe und daß bestimmt worden sei, diese Gegenstände sollten zum Betriebe der gemeinschaftlichen Brauerei benutzt werden, und ferner: die Ehefrau habe hiermit und namentlich mit Herbeischaffung der fraglichen Utensilien in die gemeinschaftliche Brauerei sich einverstanden erklärt, — so ist dies alles unbeachtlich; denn: aa) wird die Klagbehauptung bewiesen, daß Klägerin bereits im Mai 1855 die libellirten Gegenstände erworben habe, so konnte deren Ehemann nicht in der Art darüber verfügen, daß er sie dem Beklagten verpfändete, da die Verpfändung von Sachen der Ehefrau offenbar nicht, wie Beklagter meint, zu der bloßen, dem Ehemann als solchem zukommenden Verwaltung des eheweiblichen Vermögens gehört, sondern eine Dispostion darüber enthält. Wird der fragliche Erwerb nicht erwiesen, so bedarf es der Einrede nicht. bb) Was die angebliche zustimmende Erklärung der Klägerin anlangt, so würde sie eine Verpfändung für Schulden

Digitized by Google

ihres Ehemannes involviren, welche nach §. 4 des Ges. vom 23. April 1853 zu ihrer Giltigkeit gerichtliche Vornahme erfordert, da es nach §. 3 des cit. Gesetzes einerlei ist, ob die Schuld des Ehemannes eine bereits eingetretene oder zukünftige, wie hier, ist."

Dem drittinstanzlichen Urtheile waren folgende Motive beigefügt:

„Die vorige Instanz hat die Klage mit Recht als Publiciana in rem actio aufrecht erhalten und zum Beweis gestellt; denn wenn die Klägerin in Betreff der in der Klagschrift speciell aufgezählten Brauereigeräthschaften, welche sie dem Beklagten, weil er sich in deren Besitz, nachdem ihr Ehemann dieselben im December 1855 zum Gebrauch in die mit dem Beklagten gemeinschaftlich errichtete Brauerei zu Wickerstedt gebracht und sie in dieser bei seinem Hinweggange aus derselben am 27. Juni 1857 zurückgelassen, gesetzt, im obschwebenden Processe klagend abfordert, anführte: „„daß sie mit ihrem Ehemann am 25. Mai 1855 einen Vertrag, nach welchem derselbe ihr jene Geräthschaften mit seinem gesammten Vermögen an Hausmobilien, Vorräthen u. s. w. abtrat, sie aber dagegen die von ihm bis dahin gewirkten Schulden übernahm, abgeschlossen, sie auch in Gemäßheit dieses Vertrags Besitz und Eigenthum an den abgetretenen Mobilien ergriffen habe""; so ist hiermit von der Klägerin, abgesehen von dem, was sie weiter über ihres Mannes frühere Acquisition der fraglichen Brauereigeräthschaften angeführt hat, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft behauptet, in Folge dessen sie sich, was zur Fundirung der Publiciana in rem actio genügt, in Betreff des Klagobjekts, den Beweis ihres Anführens vorausgesetzt, in conditione usucapiendi befinden, resp. das prätorische Eigenthum an demselben erworben haben würde, und es war nicht etwa annoch erforderlich, daß, wie der Beklagte meint, die Klägerin sich auch über den Betrag der von ihr übernommenen Schulden ihres Mannes hätte auslassen müssen, wie es denn ebenso unerheblich ist, wenn der Beklagte in jetziger Instanz jene Vereinbarung als ein simulirtes oder betrügerisches Geschäft zu charakterisiren sucht, da er, daß es ein solches sei, im ersten Verfahren nicht excipirt hat.

„Ingleichen entsteht der vorliegenden Klage nicht dadurch, daß in ihr nur, daß der Beklagte 1857 sich in den Besitz des Klagobjekts gesetzt, nicht aber auch, daß er in demselben sich annoch zur Zeit der Klagerhebung befunden, behauptet wurde, der Vorwurf der Unstatthaftigkeit, wie der Beklagte in jetziger Instanz ferner anführt; denn nach der Klagbehauptung, daß der Beklagte sich den 27. Juni 1857 in den Besitz der in Rede stehenden Brauereigeräthschaften gesetzt habe, muß, da der Verlust dieses Besitzes als eine Thatsache nicht präsumirt werden kann, angenommen werden, daß der Beklagte in dem Besitze fortgesetzt geblieben, mithin in demselben auch bei der Klaganstellung sich annoch befand, so lange er nicht, daß jene andere Thatsache eingetreten sei, anführte und bewies."

12.

a) Zur Auslegung des Art. 95 der allgemeinen deutschen Wechselordnung; b) unter welchen Voraussetzungen ist der Nichtigkeitsgrund: „Verstoß gegen klare Bestimmungen der Landesgesetze" anzuwenden?

H. klagte gegen J. F. auf Bezahlung eines Wechsels, welchen die-

Digitized by Google

ser mit dem Zusatze: „in procura von E. F. und Comp." unterzeichnet hatte. In der Klage wurde jedoch nicht behauptet und auch nicht beurkundet, daß Beklagter von der betreffenden Firma keine Vollmacht gehabt habe.

Das ꝛc. Kreisgericht zu E. wies die Klage in der angebrachten Maße ab, und auf dagegen eingewendete Appellation des Klägers erging beim ꝛc. Appellationsgericht zu Eisenach ein bestätigendes Erkenntnis, dem folgende Motive beigefügt waren:

„An sich gibt eine lediglich in Vollmacht eines Anderen abgegebene Wechselerklärung selbstverständlich nur eine für diesen Anderen hieraus entspringende Wechselverbindlichkeit zu erkennen, und man kann daher nach dem der erhobenen Klage zu Grunde gelegten Accepte zunächst bloß diejenigen als dadurch verpflichtet ansehen, für welche solches von J. F. unterzeichnet worden ist, nemlich E. F. und Comp. selbst.

„Nun enthält zwar Art. 95 der allgemeinen deutschen Wechselordnung die Bestimmung: „„Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Anderen unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre""; allein die hiernach geordnete Haftpflicht des Bevollmächtigten läßt sich nach Wort und Sinn dieser Bestimmung nur als eine eventuelle, d. h. für den Fall gegebene auffassen, daß der als Bevollmächtigter Aufgetretene zu der von ihm als solchem unterzeichneten Wechselerklärung in der That keine Vollmacht hatte.

„Deshalb gehört zur Begründung einer desfallsigen Wechselklage gegen den bloß als Bevollmächtigter Aufgetretenen allerdings die Behauptuug und resp. der Nachweis, daß solcher die bezügliche Wechselerklärung ohne Vollmacht im Namen des angeblichen Machtgebers abgegeben habe. Kletke, Encyclopädie des gesammt. europ. Wechselrechts, Leipzig 1862 Bd. I sub voc. „Bevollmächtigter" S. 463 flg., S. 465.

„Hierin liegt auch für den einzelnen Wechselgläubiger oder für den Wechselverkehr überhaupt keineswegs eine besonderr Erscheinung, da sich der betheiligte Wechselnehmer im Zweifel zu Wahrung seines Rechtsinteresse immer zeitig durch vorerstige Anfrage und nach Befinden Erfordern des entsprechenden Vollmachtsausweises über das Dasein oder den Mangel der fraglichen Vollmacht die nöthige Auskunft und Gewißheit verschaffen kann.

„Da nun die vorliegende, gegen J. F. gerichtete Klage weder eine Andeutung, noch weniger aber irgend eine nähere Darlegung in Bezug auf die demselben abgehende Vollmacht zu der von ihm in procura von E. F. und Comp. unterzeichneten Wechselerklärung enthält, so ist solche mit Recht, wie geschehen, zurückgewiesen und Kläger in die Kosten des diesfallsigen Dekrets genommen worden."

Hiergegen wendete der Kläger das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde bei dem genannten Appellationsgerichte ein, weil das erwähnte Erkenntnis gegen die klare Bestimmung der als Landesgesetz geltenden allgemeinen deutschen Wechselordnung in §. 95 verstoße.

Digitized by Google

Dasselbe wurde jedoch als unbegründet zurückgewiesen und das desfallsige Erkenntnis von dem OAGericht zu Jena durchgängig bestätigt.

Die Gründe des Erkenntnisses des AGerichts lauten:

„Denn wenn auch nicht geleugnet werden kann und soll, daß die Ansicht des Querulanten über den Sinn des §. 95 der allgemeinen deutschen Wechselordnung gewichtige Gründe für sich hat, wenn man erwägt*): a) daß schon nach gemeinem Rechte derjenige, welcher mit dem Procuristen eines Dritten contrahirt, die Wahl hat, ob er diesen oder jenen belangen will; vergl. Glück, Commentar Bd. XII §§. 891—895 S. 235 u. ff., Bender, Grundsz. des Handelsrechts Bd. I §§. 43—50, Desselben Handbuch des Frankfurter Marktrechts §. 168 S. 688—692, Pöhls, Darstellung des Handelsrechts Bd. I §. 537, Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts Bd. II §. 577, Brackenhöft in Rechtslexikon Bd. I Art. Handel S. 99—104, Gerber, System §. 172; b) daß nach der Erklärung der Mitglieder der Leipziger Conferenz zur Berathung einer allgemeinen deutschen Wechselordnung bei Gelegenheit der Erörterungen über den mit §. 95 der allgemeinen deutschen Wechselordnung gleichstehenden §. 89 des der Berathung zum Grund gelegten preußischen Entwurfs der §. cit. die Bedeutung haben soll, daß im Falle etwa die Vertretungsbefugnis des Mandatars geleugnet oder in Zweifel gezogen werde, der Mandatar (welcher den Wechsel unterschrieben hatte) dem Wechselgläubiger so lange hafte, bis er nachgewiesen habe, daß er durch seine Vollmacht zur Eingehung der Wechselverbindlichkeit für seinen Auftraggeber befugt gewesen sei (Leipziger Conferenzprotokolle S. 165) und daß mithin bei dieser Beweispflicht des Mandatars nicht umgekehrt dem klagenden dritten Wechselgläubiger die Beweislast hinsichtlich des Nichtvorhandenseins einer Vollmacht angesonnen werden könnte; c) daß endlich die Ansicht des Gesetzes nicht wohl auf eine Erschwerung und Beschränkung der Klagen aus dem Wechsel, sondern vielmehr im Allgemeinen auf die Erleichterung des Wechselverkehrs gerichtet gewesen sein wird, daß aber Urkunden über das wirkliche (objective) Nichtvorhandensein einer Vollmacht — abgesehen von bloßen einseitigen, möglicher Weise das objective Unrichtige enthaltenden Erklärungen der Betheiligten — zum Zwecke der Erhebung der Wechselklage kaum zu beschaffen sein möchten, wie Querulant bemerkt; — so hat doch unser Collegium, indem es einer entgegenstehenden Ansicht über die Bedeutung des §. 95 cit. durch seinen Mehrheitsbeschluß den Vorzug ertheilt, keineswegs gegen ein bestehendes klares Gesetz gesprochen, sondern vielmehr dieses selbst als bestehend vorausgesetzt und nur interpretirt, indem es aus den dem Erkenntnis beigegebenen Gründen und vielleicht auch deshalb, weil die Redactionscommission der Leipziger Conferenz es unterlassen habe, von der Anheimgabe (S. 165 der Conferenzprotokolle), die oben unter Ziff. 2 hervorgehobene Absicht des §. 86 des Entwurfs und §. 95 der A. D. W. O. deutlicher, als es im Entwurf geschehen war, auszudrücken, Gebrauch zu machen, nach den Worten des Gesetzes und nach den gewöhnlichen Proceßregeln die Behauptung, daß die Wechselerklärung qu. ohne Vollmacht des angeblichen Machtgebers abgegeben worden sei, als zum Grunde der

*) Anm. des Ref. Dies war kurzgefaßt die Meinung der Minorität des Collegiums bei der Entscheidung über die Appellation des Klägers.

Digitized by Google

Wechselklage gehörige und deshalb auch mit Urkunden zu beweisen betrachtet, wobei es sich mit Schriftstellern und Tribunalen (vgl. Kletke, Encyclopädie des gesammt. europ. Wechselrechts. Leipzig 1862 Bd. I Art. „Bevollmächtigter" S. 463 u. ff.) in Übereinstimmung befindet. Unter diesen Umständen kann hier von einer sententia nulla, weil contra jus constitutum verstoßend, nicht die Rede sein; denn diese setzt voraus, daß die Regel, unter welche der Richter das Factum subsumirt, einer klaren Rechtsregel widerspricht, so daß mithin das Gegentheil von der vom Richter angewendeten Regel als klares Recht anerkannt ist und als unzweifelhafte Rechtsnorm besteht; vergl. Linde, Handb. des gem. Civilproc. Bd. V §. 236 S. 451. Daß aber der §. 95 cit. nicht zu den ganz unzweifelhaften und klaren zu zählen ist, dürfte, abgesehen von der in Schriften und Urtheilen sich kundgebenden Divergenz der Ansichten, auch mit daraus hervorgehen, daß jedenfalls die Majoritäten der Richtercollegien erster und zweiter Instanz in der vorliegenden Rechtssache der, der Ansicht des Querulanten entgegengesetzten Meinung zugethan sind.

„Es liegt also ein Fall hier vor, wie in l. 32 Dig. de re. jud. (42, 1), wo der Richter „„non existimat causam, de qua judicat, per constitutionem (hier den §. 95 cit.) juvari"" und wo entschieden wird, „„non videtur (judex) contra constitutiones sententiam dedisse, ideoque ab ejusmodi sententia appellandum est, alioquin rei judicatae stabitur."" Dem freiwilligen Nichteinwenden der Appellation ist aber die gesetzliche Unstatthaftigkeit derselben in concreto gleich zu achten."

Das Urtheil des OAGerichts zu Jena wird in folgender Weise gerechtfertigt:

„Die Nichtigkeitsklage ist darauf gegründet, daß die bestätigende Entscheidung des ꝛc. Appellationsgerichts gegen klare Vorschriften der im Großherzogthum giltigen Gesetzgebung, nämlich gegen Art. 95 der allgemeinen deutschen Wechselordnung verstoße, indem dort, in Übereinstimmung mit dem Dekrete erster Instanz, davon ausgegangen werde, daß derjenige, welcher eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Andern unterzeichnet, nur dann als haftpflichtig erscheine, wenn er in der That von diesem Andern keine Vollmacht habe, und daß diese Behauptung und der Nachweis derselben daher auch zur vollständigen Begründung einer gegen einen angeblichen Bevollmächtigten gerichteten Wechselklage für erforderlich geachtet werden müsse.

„Wenn nun aber der angeführte Art. 95 der Wechselordnung vorschreibt: „„Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Andern unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre"", so läßt sich nicht behaupten, daß es direct gegen den Inhalt des Art. 95 verstoße, wenn angenommen wird, daß der klagend auftretende Wechselgläubiger auch den Umstand der Nichtbevollmächtigung zu beweisen habe, da die Haftpflicht des als Bevollmächtigter Aufgetretenen eben an die Bedingung und Voraussetzung geknüpft sein soll, daß derselbe in der That keine Vollmacht habe. Ist daher diese Ansicht den angefochtenen Erkenntnissen zu Grunde gelegt und hiernach die gegen J. F., welcher als angeblicher Bevollmächtigter von E. F. und Comp. den Wechselaccept für die letzteren (in procura) unterzeichnet hat, erhobene Klage als nicht

Digitized by Google

gehörig und vollständig bescheinigt abgewiesen worden, so können dieselben aus diesem Grunde auch nicht ohne weiteres als nichtig angesehen werden. — Selbst wenn man aber auch annehmen müßte, daß die obige Auffassung des Art. 95 der Wechselordnung resp. mit Rücksicht auf die Bestimmung in der Wechselproceßordnung vom 20. April 1819 §. 216 eine offenbar irrige sei, und daß der Nachweis der Nichtbevollmächtigung nicht als zur Begründung der Klage gehörig angesehen werden könne, sondern daß es vielmehr Sache des angeblichen Bevollmächtigten sei, sich durch Vorlegung der Vollmacht von der Wechselverbindlichkeit zu befreien, so würde doch auch in diesem Falle von einer Nichtigkeit der angefochtenen Erkenntnisse nicht die Rede sein können, da alsdann eben nur eine unrichtige Auffassung und Auslegung der gesetzlichen Vorschrift und eine unrichtige Anwendung derselben durch den vorliegenden Fall in Frage stehen würde, was nach der l. 32 D. de re judic. (42, 1) keine Nichtigkeit der Entscheidung zur Folge haben, sondern nur Veranlassung zur Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels geben könnte. — Welchen Einfluß übrigens die in den angefochtenen Erkenntnissen ausgesprochene Ansicht auf den Wechselverkehr äußern werde, worauf der Querulant in der jetzigen Instanz hingewiesen hat, dies kann bei der Entscheidung der Frage, ob nichtig erkannt sei, begreiflicher Weise nicht weiter in Betracht kommen. — Auch läßt sich, was derselbe unter Berufung auf l. 3 D. quae sent. sine appell. (49, 8) ebenfalls geltend gemacht hat, nicht unbedingt annehmen, daß mit dem Beweise der Nichtbevollmächtigung dem Wechselgläubiger etwas absolut Unmögliches angesonnen werde, wenn man erwägt, daß in der schriftlich ausgefertigten Instruction und Vollmacht des Procuristen demselben die Unterzeichnung von Wechselerklärungen ausdrücklich untersagt sein kann. Überhaupt ist aber auch dem Querulanten in den angefochtenen Erkenntnissen gar nicht auferlegt, etwas Unmögliches zu thun und zu leisten, wie in der angeführten l. 3 vorausgesetzt wird, sondern es ist nur dem Antrage des Querulanten nicht gefügt worden, aus einem Grunde, bei welchem möglicher Weise die Frage aufgeworfen werden könnte, ob und inwiefern dadurch dem Querulanten nicht die Erfüllung einer unmöglichen Bedingung zur Pflicht gemacht werde."

13.

Über die Entstehung, rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit des Rechtes, Laub, Gras u. s. w. in fremden Waldungen zu sammeln und zu holen.

In einer Klage der im Dorfe Cr. bestehenden Triftgenossenschaft wurde angeführt, daß diese für alle ihre Mitglieder das Recht habe, in den dem Großhz. Fiskus gehörigen Holzgrundstücken Nr. 101, 102, 89 und in dem ganzen Forstreviere Cr. in den mit Laubholz bestandenen Districten das dürre Laub zu sammeln, zusammenzurechen und fortzuschaffen, auch das darin wachsende Gras abzuschneiden und an sich zu nehmen. Dieses Recht soll dadurch erworben worden sein, daß die Mitglieder der Triftgenossenschaft und deren Vorgänger seit 1, 2, 3, 4, 5, 10, 15, 20, 30, 40, 50 und mehr Jahren vom Jahre 1813 zu-

Digitized by Google

rückgerechnet, sowie in der Zeit von 1813—1858 incl., ja seit unvordenklicher Zeit in der Absicht und Überzeugung, ein Recht auszuüben, öffentlich, frei und ungestört, so oft es ihnen beliebt, Laub gesammelt und das darin wachsende Gras abgeschnitten und zu wirthschaftlichen Zwecken verwendet hätten. Dies sei von den Großhz. Rechnungs- und Forstbeamten häufig bemerkt und stets geduldet worden, auch habe das Finanzministerium ausdrücklich in einem Rescripte aus dem Jahre 1859 anerkannt, daß der klägerischen Genossenschaft die fragliche Berechtigung zustehe. Jetzt seien die fiskalischen Holzgrundstücke gerodet und in Feld umgewandelt worden und damit den Mitgliedern der Genossenschaft das Recht des Laubsammelns und Grasholens abgeschnitten; nicht minder sei der Laubholzbestand im Cr. Reviere bis auf höchstens 76 Acker in Nadelholz umgewandelt worden, während seit unvordenklicher Zeit der Laubholzbestand mindestens 150 Acker bedeckt habe. Das Grasen und Laubholen in 70 Acker Laubwald reiche aber für die Bedürfnisse der Berechtigten nicht aus.

Das Klaggesuch ist gerichtet auf Zuerkennung des libellirten Laubsammelns und Grasholens in den bezeichneten fiskalischen Grundstücken und in dem ganzen Cr. Forste, so weit er aus Laubholz besteht, und auf Verurtheilung des beklagten Fiskus, die gerodeten Grundstücke wieder mit Laubholz zu bepflanzen und ebenso die in Nadelholzwaldung verwandelten Districte des Cr. Forstreviers wieder in Laubholz umzuwandeln und weiterer Störungen sich bei 40 Thlr. Strafe zu enthalten. Nach verhandelter Sache erkannte das Kreisgericht zu W. auf Beweis der Klage unter Vorbehalt des directen und indirecten Gegenbeweises, für Aufrechthaltung der Klage sich mit Hinblick auf Const. sax. 41 P. II auf den vom OAGericht in einer andern Sache ausgesprochenen Satz beziehend, daß die Existenz des Weiderechts an sich genügend sei, um einen Widerspruch des Berechtigten gegen die Urbarmachung triftpflichtiger Leeden zu begründen und dieses Widerspruchsrecht durch Anstellung der actio confessoria geltend zu machen.

Das ꝛc. Appellationsgericht zu Eisenach reformirte und wies die Klage in der angebrachten Maße ab unter Angabe folgender Gründe:

„Die Klage konnte deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil nicht zuzugeben ist, daß die Kläger dadurch, daß sie das Recht, Gras und Laub zu sammeln und zu holen, vermöge der Verjährung erworben haben, auch eo ipso der Befugnis theilhaftig geworden seien, dem Beklagten zu verwehren, den Holzbestand des dienstbaren Waldes in der Art zu verändern, daß an die Stelle des Laubholzes Nadelholz tritt, auch die Bodencultur dahin umzuwandeln, daß aus Wald Ackerfeld gemacht wird. Bei dem Verjährungserwerbe, auf welchem allein nach der Klage das libellirte Recht beruhen soll, gilt behufs Bemessung des Umfangs der Usucapion bekanntlich der Grundsatz: „„Tantum praescriptum, quantum possessum.““

Digitized by Google

„Fragt man sich nun aber, was die Kläger hier für einen rechtsverwährten Quasibesitz für sich haben, d. h. welche Rechte sie in dem Walde des Beklagten während der Verjährungszeit ausgeübt haben, so erhellet, daß sie nach der Klage nur das Recht ausgeübt haben, in dem eben bestehenden Laubwalde des Beklagten Laub und Gras zu sammeln und für sich nach Haus zu bringen. Damit mögen sie allerdings das Recht erlangt haben, Laub und Gras in dem Walde des Beklagten zu sammeln, wenn, soweit und so lange das eine und andere vorkommt, und dieses Recht muß ihnen auch bleiben und gewährt werden; dagegen ist Beklagter als Eigenthümer des fundus serviens nicht verpflichtet, für Erzeugung von Laub und Gras besonders thätig zu werden und zu sorgen, und ebenso wenig ist, zumal gegen Servituten als Beschränkungen des freien Eigenthums und gegen einen weitern Umfang derselben die Vermuthung spricht, durch den bloßen Verjährungserwerb des Rechts zum Laub- und Grasholen an sich und ohne weiteres dem Eigenthümer des Waldes und des Grundes und Bodens gegenüber ein Verbietungsrecht gegen eine dem Eigenthümer als solchem an sich zustehende Veränderung in der Cultur und Benutzung des Bodens und rücksichtlich der Art des Holzbestandes zur Entstehung gekommen. Ein solches Verbietungsrecht würde nur dann als von dem an sich bloß zum Gras- und Laubholen Berechtigten besessen und darum als ersessen anzusehen sein, wenn innerhalb der Verjährungsfrist etwaigen Versuchen des Beklagten und seiner Beamten, Veränderungen der oben angeführten Art in der Boden- und Waldcultur vorzunehmen, die Kläger widersprochen hätten, und der Bekl. solchem Widerspruche sich gefügt hätte und von seinen Veränderungsversuchen abgestanden wäre. Durch das bloße Factum des Unterlassens einer solchen Abänderung während der Verjährungszeit, durch einen bloßen negativen Zustand wird kein Recht auf Unterlassung solcher Veränderung erworben, weil es eben dann an dem zum Verjährungserwerbe erforderlichen, juristischen Besitze bezüglich dieses Zustandes fehlt, welcher vielmehr erst bei erfolgter Untersagung einer versuchten Veränderung und bei der Beruhigung dabei vorhanden ist. Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. VII S. 184 u. 187 am Ende. Hieran ändert auch der in der Klage angeführte Umstand nichts, daß Bekl. bezüglich durch seine Beamten das libellirte Gras- und Laubholen geduldet und anerkannt haben soll; denn solche ausdrückliche und stillschweigende Anerkenntnisse können ihrer Natur nach keine weiteren Rechte schaffen, als bereits vorhanden und erworben sind, und für ein etwaiges Verbietungsrecht läßt sich aus dem angeblichen Anerkenntnisse des Bekl. um so weniger etwas entnehmen, als der Inhalt des betreffenden Rescripts vom 21. Juli 1859 nicht angegeben worden ist. Die Bestimmungen in Const. 41 Part. II wegen des Weide- und Triftrechts auf Lehden sowie in dem königl. sächs. Mandat vom 30. Juli 1813*) wegen der Weiderechte in Waldungen können wegen ihrer Singularität und wegen ihrer Beziehung auf Weiderechte bezüglich auf Lehden auf unsern Fall keine, auch nur analoge, Anwendung finden. Anders könnte es möglicher Weise sein, wenn das betreffende Recht des Gras- und Laubholens durch Vertrag entstanden wäre und nach dem concreten Inhalte desselben eine Verpflichtung des Waldeigenthü-

*) Der Ort Er... liegt in dem ehemals Königl. S. Gebietstheile des Neustädter Kreises. D. H.

Digitized by Google

mers angenommen werden könnte, an dem zur Zeit des Vertrags vorhandenen Bestande des Waldes zu Gunsten der Servitutberechtigten in keiner Beziehung etwas zu ändern."

Das OAGericht motivirte sein bestätigendes Urtheil folgendermaßen:

„Die Kläger beanspruchen in drei einzelnen Holzparzellen und in dem ganzen Cr. Forstreviere, soweit daſselbe vor der vermeintlichen, in den letzten Jahren eingetretenen Turbation mit Laubholz bestanden gewesen sei, die Berechtigung zum Laubsammeln und Grasschneiden für ihre Hofraithen, indem sie eine solche gegen den Eigenthümer jener Waldungen, den Großherzoglichen Staatsfiskus zu Weimar, vor 1813 bereits durch Immemorialpräscription erworben, nämlich seit mehr als 50 Jahren und seit unvordenklicher Zeit vor 1813 in den gedachten fiskalischen Waldungen nach ihrem Belieben Laub gesammelt und das allda wachsende Gras abgeschnitten, auch für sich verwendet hätten.

„Während sie sich nicht über eine gänzliche Entziehung der fraglichen Berechtigung, sondern nur darüber beschweren, daß der Bekl. die drei berührten Holzgrundstücke aus Laubholz gänzlich in Feld verwandelt; ingleichen die, vor der libellirten Turbation im Cr. Forstreviere im Betrage von 150 Ackern vorhandene Laubholzwaldung durch Verwandlung des Laubholzes in Nadelholz bis auf 70 Acker vermindert habe, führen sie speciell an, daß dieser geringe Laubholzbestand nicht mehr zu ihrem Bedarf an Gras und Laubstreue, nach landwirthschaftlichen Grundsätzen, zur Unterhaltung der Viehstücke ausreiche, welche sie für ihre berechtigten zwölf Häuser halten, und drücken damit unzweideutig aus, daß die geklagten Berechtigungen zum Zweck der Erhaltung ihrer Hofraithen und der in denselben betriebenen Landwirthschaften gestattet worden und insofern existent geworden seien. Mit allem dem weist die Klage daher nicht sowohl auf eine Servitut des gemeinen Rechts, als vielmehr auf ein im Bereiche der vorigen Jahrhunderte oft vorkommendes deutsch-rechtliches Institut hin, zufolge dessen die Eigenthümer größerer Gütercomplexe in den zu denselben gehörenden Waldungen den Bewohnern der ihnen zinspflichtigen Dörfer nachließen, die für die Gutsherrschaft meist fast werthlosen Erträgnisse, das dürre Holz, das Laub und Gras u. s. w. wie dieselben die Waldungen gerade ergaben, zur Erhaltung ihrer Wirthschaften und damit aus diesen um so besser die Gefälle an den Grundherren prästirt werden möchten, an sich zu nehmen und zu verwenden.

„Wenn damit selbstredend die Gutsherren den Zinsleuten nicht das Recht einräumten, sie in der Bewirthschaftung des Waldes und in der Disposition über dessen Grundfläche zu beschränken, so kann an das Verhältnis, wie es in der Klagschrift in Betreff der fiskalischen Waldungen vorgetragen wird, nicht der strengere und mehr umfassende Maßstab einer Servitut des römischen Rechts gelegt werden, nach welchem allerdings der Eigenthümer des fundus serviens den Gebrauch oder die Nutzung der dienenden Sache, welche den Inhalt der Servitut ausmacht, seinerseits insoweit aufgeben muß, als durch seine Concurrenz die Ausübung der Servitut nach ihrem bestimmten Anfange geschmälert wird, oder wie Kind, Quaest. for. edit. 2. T. 2 Cap. 33 sagt, catenus usui jurium ex dominio descendentium renunciasse intelligitur, quatenus is servituti impedimento sit. Somit wäre, um den

Digitized by Google

zwischen den Klägern und dem Großherzgl. Staatsfiskus in Bezug auf dessen Waldungen obwaltenden Verhältnissen die Anwendung der Principien einer Servitut des römischen Rechts zu vindiciren, der vorliegenden Klageschrift noch andere Behauptungen zu inseriren gewesen. Es hätten die Kläger, wenn sie, wie es doch scheint, auf eine Berechtigung zum Laubsammeln und zum Grasschneiden in Bezug auf den gesammten Complex der fiskalischen Waldungen, insoweit diese Laubholz tragen, libelliren wollten, Prohibitivakte anzuführen gehabt, in Folge welcher auf die ihrerseits erhobenen Widersprüche der Großherzogliche Staatsfiskus dann abstand, Laubholzbestände in Feld oder Nadelholz zu verwandeln und die Verjährungszeit nachher ablief. Oder sie hätten, wenn sie nur für gewisse Theile jener Waldungen ihren Anspruch erheben wollten, diese Theile nach ihrer Lage oder durch Angabe ihrer Benennungen (wie die Parteien vielfach Namen für einzelne Reviere des Cr. Forstes, als „Ziegenberg, Glasig, Eichberg" u. s. w. kennen) näher und bestimmt zu bezeichnen und sie als solche Waldplätze anzuführen gehabt, welche seit unvordenklicher Zeit mit Laubholz unausgesetzt bestanden gewesen und ununterbrochen in dieser Weise von Bekl. benutzt worden seien, um etwa so, aus der vetustas, aus der Behauptung, daß die Plätze während des langen Zeitraums immer auf dieselbe Art bewirthschaftet wurden, für sich den Anspruch darauf abzuleiten, daß diese Forstdistricte auch ferner einer gleichen Bewirthschaftung zu unterziehen seien und Laubholzbestände zu bleiben hätten. Statt dessen haben die Kläger ihre Berechtigung zum Laubsammeln und Grasschneiden nur im Allgemeinen für die Waldungen libellirt, welche Laubholzbestände im Betrage von 150 Acker vor der vermeintlichen, auch keineswegs präcis angegebenen Besitzstörung gewesen seien und nicht einmal irgendwie diejenigen Forstplätze näher bezeichnet oder speciell angegeben, welche des Laubholzes bei den angeblichen Turbativhandlungen entkleidet worden seien, durch welche der Laubholzbestand in dem betreffenden Waldcomplexe des Beklagten von 130 auf 70 Acker reducirt wurde.

„Was nun nach diesen Ausführungen für das Cr. Forstrevier gilt, nemlich, daß die klägerischen Berechtigungen nach dem Klagvortrage nicht als Servituten im Sinne des römischen Rechts angesehen werden können, muß auch für die einzelnen Holzgrundstücke Nr. 101, 102 und 89 des Flurbuchs gelten, da sie offenbar zu dem Waldcomplexe gehören, hinsichtlich dessen der Großherzogliche Staatsfiskus zu den, die Altgemeinde ihres Dorfes bildenden Klägern steht, und wenn nun auch in der Klageschrift in keiner Weise berührt ist, daß die angeblichen Turbativhandlungen etwa oder lediglich in der Absicht von dem Beklagten vorgenommen worden seien, um die klägerischen Rechte zu beeinträchtigen; so enthält die Klage überhaupt nicht Thatsachen, aus welchen die mittelst des Sachgesuchs geforderten Rechte und Ansprüche füglich abgeleitet werden können. Es fehlt ihr somit an der gehörigen Substantiirung, und es muß somit der vorherigen Entscheidung darin beigestimmt werden, daß die vorliegende Klage in der angebrachten Maße, unter Verurtheilung der Kläger in die Proceßkosten, abzuweisen sei."

Digitized by Google

Zur Auslegung des §. 113 des Weim. Prioritätsgesetzes vom 7. Mai 1839.

Vom Herrn Auditor Dr. Schambach zu Weimar.

In einem neuerlich zur Entscheidung des Kreisgerichts Weimar gekommenen Concurse waren die Concursgläubiger nach beendigtem Liquidationsverfahren, unter Vorlegung einer Übersicht der Masse, einer vorläufigen Location und eines Vergleichsplans, in Gemäßheit des §. 113 des Prioritätsgesetzes zu einem Audienztermine mit der Aufforderung geladen worden, sich über die Vergleichsvorschläge bindend zu erklären und eventuell ihre Einwendungen gegen die den bevorzugten Forderungen eingeräumten Stellen bei Strafe des Ausschlusses vorzutragen.

Ein Vergleich kam jedoch nicht zu Stande, und da auch seitens der Gläubiger weder vor noch in dem Termine Einwendungen gegen die ihnen angewiesenen und bekannt gemachten Stellen erhoben worden waren, so wurde in dem nunmehr zu ertheilenden Locationsbescheide die Frage von Wichtigkeit, welche Tragweite man jenem nach Maßgabe des §. 113 cit. ausgesprochenen Präjudize des Ausschlusses der Einwendungen beizulegen, ob man nämlich nur die factischen Einwendungen für ausgeschlossen zu halten habe, so daß der Richter zu einer nochmaligen Prüfung der Priorität und eventuell zu einer Abänderung des vorläufigen Locationsentwurfs berechtigt wie verpflichtet sei, oder ob überhaupt jede, sowohl factische als rechtliche, Einwendung als verloren betrachtet und somit bezüglich der Priorität an dem in Folge des Mangels jeder Einwendung zum formellen Rechte erhobenen Locationsentwurfe nunmehr unbedingt festgehalten werden müsse.

Das Kreisgericht gab im Hinblick auf die ganz allgemeine Fassung der im Anschluß an §. 113 cit. ergangenen präjudiciellen Auflage „ihre Einwendungen bei Strafe des Ausschlusses vorzutragen" der letzteren Auslegung den Vorzug, um so mehr, als auch schon das gemeine Proceßrecht den übereinstimmenden Grundsatz enthalte, daß die Rangordnung der Gläubiger durch die unterbliebene Anfechtung eines Locationsentwurfs ebenso definitiv geregelt werde, als durch förmliches rechtskräftiges Erkenntnis (Beyer, Concursproc. 4. Aufl. §. 69 S. 196). Es wurde daher auch nur die Liquidität der einzelnen Forderungen einer Prüfung unterworfen, während man deren Priorität als bereits festgeordnet erachtete.

In Anwendung dieser Auffassung des §. 113 cit. hatte man es in dem fraglichen Locationsbescheide wegen der unterbliebenen Einwen-

Digitized by Google

dungen gegen den Locationsentwurf nicht allein bei einem Irrthum des letzteren zu belassen, insofern derselbe eine kleine Apothekerforderung mit Rückständen aus den zwei letzten Jahren statt aus dem letzten Jahre vor der Concurseröffnung unter die absolut bevorzugten Gläubiger einrangirt hatte, sondern man konnte auch die noch mit einem gesetzlichen Pfandrecht wegen ihres Eingebrachten versehene Ehefrau des Cridars mehreren anderen an sich ihr nachstehenden Pfandgläubigern nicht, wie es bei einer nochmaligen streng formellen Erörterung der Priorität nöthig gewesen, voranstellen, weil sie denselben in dem Entwurfe mit Rücksicht darauf, daß sie sich ihnen gegenüber für die Schuld ihres Ehemanns verbürgt, nachgestellt war. Es war daher auch vor allem die Ehefrau, welche sich durch den erstinstanzlichen Bescheid beschwert fühlte. Allein das zweitinstanzliche Erkenntnis des Appellationsgerichts zu Eisenach lautete lediglich bestätigend, und es glaubt Ref. dieses um so mehr in extenso mittheilen zu sollen, als die hier gegebene Auslegung des §. 113 cit. im Fall einer allgemeinen Adoption durch die Gerichte des Großherzogthums unverkennbar einen sehr praktischen Einfluß auf die Entscheidungen in Concursprocessen hier Landes überhaupt äußern würde. Die Gründe des Appellationserkenntnisses ließen sich dahin aus:

„Es war dem vorigen Richter in der dem §. 113 des Ges. v. 7. Mai 1839 gegebenen Auslegung beizupflichten. Denn wenn es dort heißt: „„die Gläubiger hätten ihre Einwendungen gegen die ihnen (in dem betreffenden Locationsentwurfe) angewiesenen und bekannt gemachten Stellen gleichzeitig im Vergleichstermine bei Strafe des Ausschlusses vorzubringen"", so kann nicht bezweifelt werden, daß die Gläubiger, welche ihre Einwendungen gegen diesen Locationsentwurf nicht vorbrachten, damit nicht weiter zu hören, vielmehr ausgeschlossen sind. Da nämlich §. 113 cit. ganz allgemein von „„Einwendungen"" spricht und ebenso bestimmt die rechtzeitig nicht vorgebrachten ausschließt, so liegt kein Grund vor, den Ausdruck „„Einwendungen"" in beschränkter Weise aufzufassen und etwa nur Einwendungen bestimmter Art darunter zu verstehen. Bei der Allgemeinheit der obigen gesetzlichen Vorschrift muß vielmehr mit dem vorigen Richter angenommen werden, daß der Gesetzgeber Einwendungen jeder Art, sowohl factische als rechtliche, darunter verstanden wissen will. Das Präjudiz aber, daß die nicht geltend gemachten Einwendungen ausgeschlossen sein sollen, ist so bestimmt, daß ein Zweifel über dessen Tragweite mit Grund nicht erhoben werden kann. — —

„Wenn Appellantin auf alin. 2 des §. 113 Bezug nimmt, und daraus, daß hier der Einwendung eines Rechsmittels gegen den Locationsbescheid („„sei es wegen der Liquidität oder wegen der Priorität"") gedacht wird, herleiten will, daß ihr — trotz des Präjudizes in der Ladung zum Audienztermin — noch die Befugnis zustehe, im Wege der Appellation Einwendungen gegen den auf Grund des nicht angefochtenen Classifications-

Digitized by Google

entwurfs gegebenen Locationsbescheid geltend zu machen, so ist dies völlig unerfindlich.

„Der Abschnitt 2 des §. 113 hat offenbar nur den Fall im Auge, wo gegen den Locationsentwurf Einwendungen wirklich erhoben und darüber im Locationsbescheide erkannt, insbesondere denselben als unbegründet eine Berücksichtigung nicht zu Theil geworden war. In diesem Falle ist selbstverständlich noch die Einwendung eines Rechtsmittels gegen die Locirung seitens der einzelnen Gläubiger statthaft, nicht aber in dem Falle, wie dem unserigen, wo der Classificationsentwurf unangefochten geblieben. Wäre dem nicht so, so würde der Gesetzgeber mit sich selbst in Widerspruch gerathen. Einerseits gestattet das Gesetz, durch einen Locationsentwurf die angemeldeten Forderungen definitiv zu lociren, indem ein solcher Entwurf im Sinne des Gesetzes einem vorläufigen Locationsbescheide gleichgestellt werden muß. Andererseits würde es aber diese, bezüglich jede Bedeutung eines derartigen Classificationsentwurfs dadurch wieder aufheben, daß es die Nachholung nicht rechtzeitig erhobener, mithin gesetzlich als versäumt ausgeschlossener Einwendungen in der Appellationsinstanz — durch Einwendung von Rechtsmitteln gegen den Locationsbescheid — verstattet. Dann wäre das für die obige Versäumnis angedrohte Präjudiz des Ausschlusses nur eine leere Drohung, welches, wie gedacht, nachträglich wieder beseitigt werden könnte. Dies kann natürlich das Gesetz in alin. 2 des §. 115 cit. nicht haben bestimmen wollen."

Zur Lehre von der Gewährung der Viehmängel nach Weimarischem Rechte.

Vom Herrn Actuar Dr. Richard Keil zu Remda.

In einem bei der Großhzgl. S. Justizamtscommission zu R. verhandelten Rechtsstreite zwischen dem Fleischermeister St. zu O., Kläger, und dem Gutspachter K. zu R., Beklagtem, betreffend die Wiederaufhebung eines Viehkaufvertrags, bildete den Cardinalpunkt des Streites die Frage: ob durch das Gesetz vom 2. März 1839, betr. die Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen über die Gewährung der Mängel veräußerter Sachen und die Aufhebung einiger Landesgesetze über die Gewährung der Viehmängel, die Bekanntmachung des vorhinnigen Landespolizeicollegiums zu Weimar vom 11. Februar 1815, die Franzosenkrankheit beim Rindvieh betreffend (vergl. Weim. W.-Bl. 1813 S. 53; v. Göckel's Ges.-S. Bd. II S. 194 flg.), als aufgehoben zu betrachten sei.

In der ersten Instanz wurde Beklagter von der Klage entbunden und dabei jene Frage auf dem Grunde folgender Erwägungen verneint:

„Durch das Gesetz vom 2. März 1839 haben, wie es in dessen Ein-

Digitized by Google

gange ausdrücklich heißt, nur „„einige zweifelhafte Rechtsfragen"" über die Gewährung veräußerter Sachen entschieden werden sollen. Dies Gesetz befaßt sich namentlich mit Bestimmungen darüber, daß dem Erwerber einer Sache die Wahl zwischen der actio redhibitoria und der actio quanti minoris zustehe, und daß hierbei ein Unterschied zwischen Hauptfehlern und Nebenfehlern nicht mehr gemacht werden solle, und mit der Normirung der Verjährungsfristen für diese Klagen. Das Gesetz hat aber darüber, was überhaupt als Viehmangel gelten und gewährleistet werden soll, nicht entschieden. Da nun durch die Bekanntmachung vom 11. Februar 1815 speciell bestimmt worden ist, daß die sog. Franzosenkrankheit beim Rindvieh als zu gewährleistender Viehmangel überhaupt nicht gelten solle, diese Bekanntmachung aber unter den durch das Gesetz vom 2. März 1839 völlig aufgehobenen Landesgesetzen in dem letzterwähnten Gesetze nicht mit aufgeführt worden ist, so ist nach dem Grundsatze: „„lex posterior generalis non derogat priori speciali"" und der Interpretationsmaxime, daß ein neues, selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz so zu behandeln sei, als ob es nur die bestehende Regel des älteren Rechts, nicht aber die von derselben gemachten Ausnahmen habe aufheben wollen (L. 26. 27. 28 D. de legib. [1, 3]. L. 80 D. de R. J. [50, 17]; vgl. Thibaut, System des Pand.-Rechts §. 41) anzunehmen, daß der Gesetzgeber, welcher bei Abfassung des Gesetzes vom 2. März 1839 die Bekanntmachung vom 11. Febr. 1815 nicht erwähnte, nicht die Absicht gehabt hat, auch diese Bekanntmachung mit aufzuheben. Es ist somit der unter landesherrlicher Autorität erlassenen Bekanntmachung vom 11. Febr. 1815 auch jetzt noch Geltung und Gesetzeskraft beizulegen."

Auf die vom Kläger eingewendete Berufung wurde dagegen vom Großherzgl. S. Appellationsgericht zu Eisenach reformatorisch dahin erkannt:

„Der §. 4 des Gesetzes vom 2. März 1839 hebt die in einigen Theilen des Großherzogthums geltenden Landesgesetze über die Gewährung der Viehmängel, ingleichen die verschiedenen Ortsstatuten und Gewohnheiten, in soweit sie denselben Gegenstand betreffen, auf und bestimmt, daß an deren Stelle das gemeine Recht mit den in dem angezogenen Gesetze enthaltenen näheren Bestimmungen treten soll. Hiernach ist die Absicht des Gesetzgebers offenbar dahin gegangen, in Bezug auf die Frage wegen der Gewähr von Viehmängeln das gemeine Recht in seiner Reinheit und Vollständigkeit wiederherzustellen und alle das gemeine Recht irgendwie modificirenden und aufhebenden particularrechtlichen Vorschriften zu beseitigen. Damit ist aber auch die Bekanntmachung des Landespolizeicollegiums vom 11. Febr. 1815, abgesehen von ihrer sonstigen gesetzlichen Tragweite, als aufgehoben zu betrachten. Denn, wenn alle Verordnungen, Gesetze und Observanzen, welche die Gewähr der Viehmängel zum Gegenstande haben, aufgehoben sein sollen, so muß dies natürlich auch von der Bekanntmachung des Landespolizeicollegiums vom 11. Febr. 1815 gelten. Ist dies richtig, dann ist die hier maßgebende Frage, ob die Franzosenkrankheit beim Rindvieh ein Fehler sei, wegen dessen Wiederaufhebung des Vertrags verlangt werden könne, vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus zu beurtheilen."

Gegen diese im Hinblick auf den Wortlaut des §. 1 cit. nicht ganz

Digitized by Google

unbedenkliche, die Klage aufrechthaltende Entscheidung war ein weiteres Rechtsmittel nicht zulässig.

Die Schenkung des Vermögens unter Lebenden begründet nur eine Singularsuccession hinsichtlich der einzelnen Activa auf den Beschenkten, niemals aber eine Universalsuccession auch in Ansehung der Passiven.

Vom Herausgeber.

Margretha S. zu B. hat 267 Thlr. in mehreren Posten für ihre Tochter Susanne und deren ersten Ehemann H. zu G. verwendet und zu fordern gehabt. Die Ehe der beiden vorgenannten Personen wurde im Mai 1794 durch Scheidung getrennt und die Ehefrau übernahm damals jene Schuld allein, erhielt dagegen die Mühle zu W. nebst Zubehör. Im April 1806 starb die Gläubigerin Margrethe S. und wurde von ihrer vorgenannten Tochter sowie von drei Schwestern derselben beerbt. Erstere hatte sich mittlerweile wieder an Heinrich K. verheirathet. Gegen dessen Frau klagten die drei Schwestern auf Abzahlung von $\frac{3}{4}$ jener Forderung mit Zinsen vom Todestag der Mutter an und es wurde die Beklagte auch rechtskräftig hiezu verurtheilt, allein in der Executionsinstanz mangelte es an einem Hilfsgegenstande, weil die Beklagte bei ihrer 2. Verheirathung durch Ehevertrag vom 25. Juli 1794 ihrem 2. Ehemann Heinrich K. ihr ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen abgetreten und der Ehemann es auch in Besitz genommen hatte. Nachdem genannte Susanne K. im Jahr 1830 ohne Vermögen zu hinterlassen gestorben war, traten die Kinder und Erben ihrer nach und nach ebenfalls verstorbenen 3 Schwestern gegen den Ehemann Heinrich K. klagend auf und verlangten die Bezahlung von $\frac{3}{4}$ der erwähnten Forderung nebst Zinsen. Der Beklagte bestritt dieselbe u. A. mit der Einrede, daß er nicht für die Schuld der Schenkerin hafte, und mit der Einrede der Verjährung. In der ersten Instanz wurde die Klage, soweit sie auf die nach der qu. Schenkung fällig gewordenen Verzugszinsen gerichtet war, abgewiesen, im übrigen aber auf Beweis und Gegenbeweis erkannt. In der zweiten Instanz wurde die Klage für eingestanden erachtet und demgemäß der Beklagte verurtheilt, in der dritten Instanz aber durch OAGUrtheil vom 17. März 1842 die erhobene Klage angebrachtermaßen abgewiesen und diese Abweisung dem Wesentlichen nach auf den in der Überschrift enthaltenen Grundsatz gestützt, welcher in folgender Weise näher ausgeführt ist:

Digitized by Google

„In dieser Weise entbehrt aber die Klage aller rechtlichen Begründung. Beklagter hat nemlich, wie beide Parteien zugeben, am 25. Juli 1794 von seiner damaligen Verlobten deren ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen geschenkt erhalten und diese Schenkung auch angenommen, er hat seine Verlobte späterhin geheirathet, wodurch die stillschweigende Bedingung der Schenkung in Erfüllung ging und die Tradition des geschenkten Objekts an ihn ist ebenfalls erfolgt. Daß bei dieser Schenkung die Schenkerin sich bedungen habe, daß Beklagter alle ihre Schulden übernehmen und tilgen solle, ist nirgends behauptet, so wenig, als daß sie, wie sie dazu berechtigt gewesen sein würde, damals den Betrag ihrer Schulden zurückbehalten habe, L. 12. D. de donationibus (39, 5). L. 9 §. 1 D. de re judicata (42, 1). L. 39 §. 1 D. de verb. sign. (50, 16), so daß es gegenwärtig sehr zweifelhaft sein würde, ob die Schenkgeberin selbst — abgesehen von der deshalb jedenfalls vorhandenen Verjährung der Rückforderungsklage — noch einen solchen Abzug condiciren könnte, was nach L. 8. 9 D. de condict. indebit. (12, 6). Mühlenbruch, Pand.-Recht Thl. I §. 154 a. E. vielmehr nicht gestattet ist. Nun aber begründet die Schenkung des Vermögens unter Lebenden stets nur eine Singularsuccession hinsichtlich der einzelnen Activa auf den Beschenkten, niemals aber eine Universalsuccession auch in Ansehung der Passiven, hinsichtlich deren vielmehr der Schenker das verpflichtete Subjekt bleibt, wie L. 15. L. 35 §. 4 in fine C. de donat. (8. 54) deutlich zu erkennen gibt, s. Hasse im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. V S. 28 flg. v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen Bd. II §. 25, und es folgt dies schon consequent aus dem bekannten römischen Grundsatze, daß Verträge zwischen zwei Personen — hier zwischen dem Schenker und dem Beschenkten — dritten Personen — hier den Gläubigern des Schenkers — weder Rechte noch Pflichten ertheilen können. Allein es ist überdies gerade hinsichtlich der Wirkungen der Schenkung des ganzen Vermögens in Betreff der Schulden des Schenkers in L. 72 pr. D. de jure dotium (23, 3). L. 12. D. de donat. cit. bestimmt gesagt, daß der Beschenkte den Gläubigern des Schenkers nicht hafte, sondern nur der letztere ihr Schuldner sei und bleibe, und sich durch Abzug des Schuldenbetrags gegen den Beschenkten bei der Tradition des ganz verschenkten Vermögens halten solle und könne, welche Verordnung geradezu alle Haftpflicht des Beschenkten als unmöglich darstellt.

„Es ist sodann in L. 28 D. de donationibus. L. 15. 22 Cod. eod. tit. (8, 54) mit Bestimmtheit ausgesprochen, daß der Beschenkte wegen der Schulden des Schenkers unmittelbar nicht belangt werden könne, und daß die Gläubiger nur gegen den Schenker klagen könnten, Mühlenbruch a. a. O. Bd. II §. 441 a. E. v. Wening-Ingenheim, System des gemeinen Civilrechts Buch III §. 212 und die zu mancher Begriffsverwechselung z. B. bei Kind, quaest. forens. T. IV Cap. 36. Curtius, Handbuch des sächs. Rechts Bd. II §. 1334 veranlassende L. 17 §. 1 D. quae in fraudem creditor. (42, 8), welche einen dolus des Schenkers hinsichtlich der Schenkung des ganzen Vermögens gesetzlich präsumirt und deshalb unter den gesetzlichen Erfordernissen den Gläubigern eine Rescissionsklage gegen den Beschenkten gestattet, spricht ganz allein von der Paulianischen Klage und kann daher im gegenwärtigen Falle nicht zur Entscheidung dienen. Gegen das klare Gebot der angeführten Rechtsquellen kann endlich die in den Quellen nicht begründete Behauptung einer actio utilis der Gläubiger als gesetzlich fingir-

Digitized by Google

ter Cessionarien des Schenkers gegen den Beschenkten um so weniger gebilligt werden, als dem Schenker selbst, wie gezeigt, keine Rückforderungsklage gegen den Beschenkten zusteht, deren Cession an seine Gläubiger fingirt werden sollte; und es mangelt daher der gegenwärtigen Klage in aller Hinsicht an einem Rechtsgrunde."

Über die Wirksamkeit der res judic. bei jährlich wiederkehrenden Leistungen.

Vom Herausgeber.

Die Brüder Emanuel R. zu O. und Ernst R. zu M. hatten das ꝛc. Kammergut zu O. auf 12 Jahre von Petri 1826 bis dahin 1835 gemeinschaftlich erpachtet, waren aber im Frühling 1831 mit Genehmigung der verpachtenden Herrschaft dahin übereingekommen, daß sie sich von Petri 1831 an in die Pacht theilten und jeder von ihnen einen bestimmten Theil des Guts allein bewirthschaftete. Dabei wurde ausgemacht, daß Ernst R., wenn Emanuel R. in das Wirthshaus ziehen und jenem den Gutshof mit der Brennerei allein überlassen würde, 200 fl. Rhein. jährlich zum Voraus zahlen solle. Darüber, ob diese Zahlung von Ernst R. bei gleichmäßiger Übernahme des Pachtgeldes von jedem Theile zur Hälfte dem Emanuel zugestanden worden oder ob Ernst R. sie nur auf das gemeinschaftliche ganze Pachtgeld zu leisten versprochen habe? entstand Streit zwischen beiden Brüdern. Emanuel R. behauptete in einer am 13. Febr. 1837 angestellten Klage, daß sein Bruder Ernst R. jene 200 fl. jährlich an ihn, den Kläger, herauszuzahlen übernommen habe, und verlangte deren Bezahlung für die 5 Jahre von Petri 1831—1836 mit 1000 fl. sammt Verzugszinsen. Der Beklagte behauptete dagegen: er habe bloß versprochen, auf das ganze gemeinschaftliche Pachtgeld jährlich 200 fl. zum Voraus zu bezahlen, so daß er dem Kläger, da dieser gegen die Verabredung, die Hälfte des ganzen Pachtgelds bezahlt habe, 100 fl. für jedes Jahr schuldig sei, zu deren Bezahlung er bereit wäre.

Nach geführtem Beweis wurde der Bekl. zur Bezahlung der libellirten 1000 fl. rechtskräftig verurtheilt.

Ernst R. weigerte sich späterhin abermals, diese 200 fl. an Emanuel R. bezahlen und nöthigte denselben zur Anstellung einer zweiten Klage rücksichtlich eines Restes von 150 fl. von 1836 an. In der ersten Instanz wurde der Bekl. der Klagbitte gemäß verurtheilt, in der zweiten Instanz auf Beweis des Grundes der Klage interloquirt, in der

Digitized by Google

dritten Instanz durch OAGUrtheil vom 16. März 1843 aber der erstinstanzliche Bescheid wieder hergestellt, aus folgenden Gründen:

„In dem früher zwischen beiden Theilen verhandelten Rechtsstreit verlangte der damals und auch jetzt wieder als Kläger aufgetretene gegenwärtige Oberappellant auf den Grund eines ihm von dem Beklagten geleisteten Versprechens einer jährlichen Pachtentschädigung von 200 fl. auf die Zeit von Petri 1831 bis 1858, die zur Zeit jenes früheren Rechtsstreits fällig gewordenen jährlichen 200 fl. und zwar auf die Zeit von Petri 1831 bis 1836 die Summe von 1000 fl.

„Der Beklagte hatte das Versprechen geleugnet, die Einrede der anders verhandelten Sache vorgeschützt, wurde jedoch, nachdem der Kläger den Grund seiner Klage erbracht hatte, rechtskräftig in die geklagte jährliche Pachtentschädigung von 200 fl. auf die Zeit vom 1. Juni 1831 bis dahin 1836 im Betrag von 1000 fl. verurtheilt.

„Wenn nun in dem jetzt vorliegenden Rechtsstreit der Kläger auf den Grund des nemlichen Versprechens die weiter mit 1836 fällig gewordene Entschädigung, im Betrag von 350 fl. resp. nach Einräumung des Empfangs von 200 fl. nur noch von 150 fl. einklagt, der Beklagte aber auch hier wieder das Versprechen leugnet und die Einrede der anders verhandelten Sache entgegenstellt, so ist dies alles durch die in dem frühen Proceß rechtskräftig ergangene Entscheidung für beseitigt anzunehmen. Es ist hier eadem quaestio inter easdem personas. D. 3. 7 §. 4 D. de except. rei judic., *es ist* idem jus, eadem causa petendi vorhanden, L. 13. 14. 27. D eod. und auch der Streitgegenstand ist der nemliche, L. 12. 13 D. eod., da es sich hier wie dort um die jährliche Pachtentschädigung von 200 fl. handelt und folglich die exceptio, resp. replica rei judicatae begründet. Zwar waren in dem früheren Processe 1000 fl. und es sind in dem jetzigen 350 fl. resp. nur noch 150 fl. für eine andere Zeit im Streit befangen. Allein sofern es sich bloß um die Frage, ob überhaupt eine jährliche Pachtentschädigung von 200 fl. versprochen worden, handelt, wie dies in dem gegenwärtigen Rechtsstreit wirklich der Fall ist, liegt keine Verschiedenheit des Streitgegenstandes, sondern nur Ein Streitgegenstand vor, der sich bloß in einzelne untergeordnete, von der streitig gewesenen Hauptfrage über das Versprechen der jährlichen 200 fl. dependirende Theile zerspaltet, was der Zulässigkeit der exceptio rei judicatae nicht hinderlich ist. L. 3 in fine. L. 7 pr. §. 4 in fine und §. 5 Dig. eod.“

Über die bona und mala fides bei der Klagenverjährung.

Vom Herausgeber.

Gegen Karoline v. B. zu G. und Genossen war im Jahre 1839 von der Witwe K. zu S. und Genossen Klage auf Herausgabe eines Theils des Nachlasses des im Nov. 1782 verstorbenen Anton v. J., eines Bruders der Beklagten, erhoben worden. Die Beklagten hatten dieser Klage u. a. die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt, diese

Digitized by Google

Einrede war in der ersten Instanz für begründet angenommen, in der zweiten Instanz als unbegründet verworfen worden, es wurde aber in der dritten Instanz durch OAGUrtheil vom 31. Dec. 1840 der Bescheid erster Instanz wieder hergestellt und in den Gründen Folgendes deducirt:

„Was die Klagenverjährung anbetrifft, so konnte das hiesige Tribunal der in neuester Zeit von vielen Schriftstellern, insbesondere von Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung §. 22 flg. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. I S. 312 flg. vertheidigten Lehre, daß bei allen Klagen auf solche Sachen, welche der Kläger als sein Eigenthum anspricht, die bona fides des Beklagten zur Begründung der Verjährung nothwendig sei, keineswegs beitreten. Einestheils ist es gar nicht so ausgemacht, daß unter der in Cap. 5. 26 X. de praescript. (2, 26) erwähnten praescriptio auch die Verjährung der Klagen oder doch einzelner Arten derselben zu verstehen sei, indem, wie dieses selbst von Unterholzner a. a. O. S. 316 ausdrücklich bemerkt wird, die in jenem Titel ausdrücklich entschiedenen und klar bestimmten Fälle der Acquisitiv-Verjährung angehören, und weil nach dem in Cap. 2. 3 de reg. jur. in 6. V 13 enthaltenen Ausspruch des Canonischen Rechts: „„sine possessione praescriptio non procedit““, diese canonische Präscription als eine wesentlich durch Besitz begründete Verjährung aufzufassen ist. Dazu kommt aber anderntheils, daß nach bekannter Rechtsregel ein correctorisches Gesetz im Zweifel strict zu interpretiren ist. Dieses ist hier um so mehr festzuhalten, da für eine Beziehung des Gesetzes auf die Klagenverjährung, oder doch auf einzelne Arten derselben kein irgend erheblicher Grund spricht, sondern vielmehr das Grundprincip dieser Verjährung — wonach veraltete Ansprüche wegen ihrer präsumtiven Ungewißheit und der Schwierigkeit, gegen derartige Ansprüche sich zu vertheidigen, zu gerichtlicher Verfolgung nicht weiter zugelassen werden sollen — einer solchen Ausdehnung widersprechen würde.“

Über die Folgen der cessio bonorum.

Vom Herausgeber.

Die S. 149 ff. Bd. VII u. S. 89 ff. Bd. IX d. Bl. bereits mitgetheilten Entscheidungen über die Folgen der cess. bonor. betrafen Fälle, in welchen die unbezahlt gebliebenen und späterhin wieder klagbar gemachten Forderungen vor der cessio bonorum entstanden waren. Anders verhält sich das Rechtsverhältniß, wenn eine solche Forderung nach der cessio bonorum entstanden ist. In einem solchen Falle kann die gerichtliche Geltendmachung einer solchen Forderung nicht dadurch bedingt sein, daß der Schuldner wieder zu besseren Vermögensumständen gelangt sei, diese Behauptung auch nicht in Form einer Einrede der Klage entgegen gesetzt werden. So ist in folgendem Falle auch

Digitized by Google

entschieden worden. Der Schuhmacher R. zu W. hatte im Jahre 1857 bonis cedirt, späterhin aber zum Betrieb seines Handwerks bei dem Gerbermeister R. das wieder Leder käuflich erhalten und war demselben dafür 151 fl. schuldig geworden. Derselbe erhob deshalb Klage gegen den Schuldner auf diese in dem Zeitraum vom 16. März 1858 bis 6. Jan. 1859 contrahirte Forderung, der Beklagte excipirte den Mangel der Behauptung, daß er wieder zu besseren Vermögensumständen gekommen sei, und das Gericht erster Instanz verwarf deshalb die Klage in der angebrachten Maße. Auf die von dem Kläger dagegen eingewendete Appellation erkannte das ꝛc. Appellationsgericht zu Hildburghausen reformatorisch und verurtheilte den Bekl. der Klagbitte gemäß unter der Bedingung, wenn Kläger verschiedene theils referirte, theils deferirte Eide (letztere über die exc. solut.) noch ableisten werde. Diese Entscheidung wurde in dritter Instanz durch OAGBescheid vom 15. Aug. 1862 bestätigt unter Beifügung folgender Gründe:

„Der Rechtssatz (§. 40 J. de action. (IV 6) u. L. 3 C. de bonis auct. jud. possidend. (VII 72), daß ein Cridar von seinen Gläubigern nur erst dann wieder belangt werden könne, wenn er wiederum zu Vermögen gekommen, sei von so singulärer Natur, daß er keineswegs dahin extendirt werden dürfe, einem gewesenen Cridar Schutz auch gegen diejenigen Creditoren zu gewähren, mit welchen derselbe erst nach erfolgtem Concurse contrahirt habe. Die angeführte L. 3 C. VII 72 spreche ausdrücklich von einer Klage aus einem contractus, qui cessionem rerum antecessit, und wenn es auch in L. 3 §. 1 D. de cess. bonor. (XLII 3) heiße: „„Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari““; so sei der Meinung derjenigen, welche dieses auf künftige Gläubiger bezögen, z. B. Kori, System des Concursproc. §. 63. 222. Thibaut, civil. Abhandl. I 16 S. 349 f., entgegen zu halten, daß künftige Gläubiger durch die Cession nichts gewinnen, also auch billigerweise nichts verlieren konnten, auch die Befreiung gegen künftige Gläubiger alle Geschäfte mit demjenigen, welcher sein Vermögen abgetreten, unmöglich machen würde, die gedachten Worte also nur auf schon vorhandene Gläubiger, welche bei der Cession nicht gegenwärtig gewesen, bezogen werden könnten. Schweppe, Syst. des Concurses der Gläubiger §. 28 ꝛc.“

Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts in Strafsachen.

Vom Herausgeber.

CCCXCV.

Zu Artt. 258 u. 259 d. StPOrdn.

Die beiden Einwohner D. u. P. zu H. waren auf erhobene An-

Digitized by Google

klage wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 276 d. StGB. von dem ꝛc. Justizamt in G. zu Strafe verurtheilt worden. Sie appellirten dagegen insbesondere auch deshalb, weil der Vorschrift im Art. 258 Ziff. 1 d. StPO. zuwider das Verbrechen, wegen dessen sie verurtheilt worden, bezüglich die bestimmte Handlung, durch welche sie die Artt. 276, 31, 23 (Ziff. 1 u. 2) und 24 al. 4 übertreten haben sollten, nicht angegeben sei. — Das ꝛc. Kreisgericht zu E. erkannte lediglich bestätigend, das OAGericht wies die von den Angekl. dagegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde durch Urtheil vom 31. Mai 1865 (Nr. 100) als unbegründet ab, Folgendes hierüber bemerkend:

„Wenn in dem angefochtenen Erkenntnisse des ꝛc. Justizamts zu G. ausgesprochen ist, daß beide Angeklagte für überführt zu erachten seien, den Versuch eines Fischdiebstahls im Sinne des Art. 276 d. StGBuchs unter gleicher Theilnahme (Art. 31) gemacht zu haben, so ist damit der Vorschrift d. StPOrdn. Art. 258 Nr. 4, daß das Strafurtheil bei Strafe der Nichtigkeit angeben soll, welches Verbrechen der Angeklagte als Urheber, Theilnehmer oder Begünstiger begangen hat, vollständig genügt, indem nach dem offenbaren Wortsinne dieser gesetzlichen Bestimmung im Urtheile nicht eine specielle Substantiirung der verbrecherischen That, sondern nur die Bezeichnung des Verbrechens dem Namen nach erforderlich ist. Die fragliche Vorschrift enthält nach dieser Auslegung keineswegs eine Tautologie mit der Bestimmung in Nr. 3 desselben Artikels, da der Name des Verbrechens und die darauf anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen nicht dasselbe sind. Ebenso wenig läßt sich gegen diese Auslegung einwenden, daß beim Mangel einer thatsächlichen Substantiirung des Verbrechens die Prüfung einer Nichtigkeitsbeschwerde nach Nr. 5 des Art. 306 d. StPOrdn. fast unmöglich sei, da in Obigem nicht behauptet ist, daß eine specielle Substantiirung der als bewiesen angesehenen verbrecherischen That überhaupt fehlen dürfe. Letztere gehört aber nach Art. 259 der StPOrdn. in die Gründe des Strafurtheils und ein Mangel der Gründe kann, da die Vorschrift in Art. 259 nicht bei Strafe der Nichtigkeit gegeben ist, nicht zu Unterstützung der auf Nr. 3 des Art. 306 und auf Nr. 1 des Art. 258 d. StPOrdn. gegründeten Beschwerde dienen.

„Ob übrigens das angefochtene erstinstanzliche Strafurtheil, welches eine specielle Substantiirung der als bewiesen angesehenen That auch nicht in den Gründen enthält, oder das Urtheil zweiter Instanz wegen nicht erschöpfender thatsächlicher Feststellung Anlaß zu Einwendung einer Beschwerde nach Art. 5 des Art. 306 dargeboten hätte, bedarf keiner Erörterung, da nach Nr. 5 eine Beschwerde nicht erhoben worden ist."

CCCXCVI.

Zu Artt. 185. 187 u. 189 d. StGBuchs.

Der auf dem Güterboden des Bahnhofs zu M. beschäftigt gewesene Arbeiter R. aus St. erhob bei dem betreffenden Einzelrichter Anklage gegen den Rathsdiener zu G., weil derselbe ihn verleumdet und beleidigt habe. Der Angeklagte habe nemlich dem Güterexpedienten

Digitized by Google

H. zu M. hinterbracht: Er, der Ankl., habe, so lange er bei ihm, dem Angeklagten, gewohnt, immer eine Nacht um die andere sich der nöthigen Schlüssel zum Bahnhof bemächtigt, sei in die Eisenbahnwagen und Güterschuppen eingestiegen und habe verschiedene — näher angegebene — Waaren daraus entwendet, was zur Folge gehabt, daß er seines Dienstes als Güterbodenarbeiter entlassen worden sei. Die Anklage war auf die Artt. 185 und 189 des StGBuchs wegen Verleumdung und Beleidigung gegründet. In dem hierauf anberaumten Verhandlungstermin erklärte der Angeklagte, er könne dem R. das Vorbemerkte durchaus nicht nachsagen, und habe auch gegen niemand, insbesondere gegen erwähnten H. eine derartige Äußerung nicht gethan. Derselbe bestätigte im Wesentlichen die Aussage des Angeklagten und wären die von demselben ihm gemachten Mittheilungen vertraulicher Natur gewesen.

Der Einzelrichter erkannte den Angeklagten nach Artt. 187 und 189 d. StGBuchs für schuldig und verurtheilte ihn zu 14 Tagen Gefängnis ꝛc. Gegen diesen Strafbescheid appellirte der Angeklagte und verlangte völlige Freisprechung unter Bezugnahme auf Art. 306 Ziff. 5 der StPOrdn. ꝛc., es wurde aber in der Appellationsinstanz vom Kreisgericht zu M. der einzelrichterliche Strafbescheid nur mit einiger Minderung der erkannten Strafe bestätigt. Auf die von dem Angekl. dagegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde sind durch OAGUrtheil v. 28. Juni 1865 (Nr. 115) die Erkenntnisse erster und zweiter Instanz als nichtig wieder aufgehoben worden aus folgenden Gründen:

„Der Ankläger hat seine Anklage auf Grund der Artt. 185 u. 189 d. StGB., mithin wegen Verleumdung und wegen Beleidigung erhoben. Die vorigen Erkenntnisse aber haben bloß auf Grund der Artt. 187 und 189 d. StGBuchs Strafe erkannt, mithin nicht wegen Verleumdung, sondern bloß wegen Beleidigung. Was jedoch das Erkenntnis erster Instanz thatsächlich festgestellt und das Erkenntnis zweiter Instanz durch Rückbeziehung wiederholt hat: „„daß der Angeklagte dem Zeugen H. über den Ankläger, wenn auch in vertraulicher Weise, Mittheilungen gemacht habe, welche dessen Redlichkeit mindestens in Zweifel ziehen müßten, Zeuge auch solche Mittheilungen bestätigt, und mit der Ansicht, daß in ihnen Verdachtsgründe gegen R. enthalten seien, solche betreffenden Orts erzählt habe, in diesen Mittheilungen aber die Absicht, die Ehrlichkeit des R. zu verdächtigen, gefunden werden muß, während der Angeklagte seine Mittheilungen zu erweisen nicht vermocht und nicht versucht habe““; schlägt nur in den Thatbestand der Verleumdung Art. 185 d. StGBuchs ein, erfüllt aber nicht den Thatbestand der Beleidigung nach Artt. 187 und 189 d. StGBuchs, indem nicht thatsächlich festgestellt worden ist, daß, wie bei Erzählung einer wahren Thatsache, wenn sie auch der Ehre eines Andern Nachtheil bringt, zur Bestrafung nach Art. 189 erfordert wird, die Mittheilung in einer Weise geschehen sei, die an sich eine Ehrenkränkung enthält. Daß die mitgetheilte Thatsache eine unwahre sei, in

Digitized by Google

welchem Falle Bestrafung nach Art. 186 hätte stattfinden können, ist aber ebenfalls nicht thatsächlich festgestellt worden. Hätte, was jedoch gar nicht geschehen, eine Strafe wegen Verleumdung nach Art. 185 erkannt werden sollen, so hätte außerdem noch thatsächlich festgestellt werden müssen, daß der Angeklagte die Aussage mit dem Bewußtsein der Unwahrheit gemacht habe. Es ist daher durch die Erkenntnisse der vorigen Instanzen eine Handlung bestraft worden, welche nach der eigenen thatsächlichen Feststellung der vorigen Richter unter kein Strafgesetz fällt."

CCCXCVII.

Zur Auslegung des Fürstl. Reußischen (J. L.) Gesetzes vom 30. Juli 1852 über das polizeiliche Verfahren gegen Vagabunden ꝛc.

Durch das für das Fürstenthum Reuß J. L. am 30. Juli 1852 erschienene vorerwähnte Gesetz sind verschiedene Maßregeln angeordnet, welche gegen dergleichen Personen in Anwendung gebracht und von den zuständigen näher bezeichneten Polizeibehörden verhängt werden sollen; dahin gehört u. a. die Einlieferung in das Landarbeitshaus. Im §. 11 ist für den Fall mehrmaligen Rückfalls die Einlieferung in das Arbeitshaus auf die Dauer von 3 Monaten und länger angedroht.

Durch Artt. 1 und 2 der StPOrdn. vom 28. April 1865 wurde später die Untersuchung und Bestrafung der Polizeivergehen den Gerichtsbehörden überwiesen.

Gegen den wegen Bettelns und Vagabundirens seit 1863 bereits 8 mal bestraften Christian F. aus T. wurde wegen abermaligen zudringlichen Bettelns von der Staatsanwaltschaft auf Grund des §. 8 des Ges. vom 30. Juli 1852 u. Art. 46 d. StGBuchs bei dem Justizamt zu H. eine geschärfte 6wöchentliche Gefängnisstrafe beantragt, dasselbe verurtheilte aber den Angekl. auf Grund des §. 2 des angef. Ges. u. §. 2 der Verordnung v. 27. Juni 1853 zu einer 3monatigen Arbeitshausstrafe.

Der Angekl. beruhigte sich hiebei, allein die Staatsanwaltschaft wendete zu Gunsten des Angekl. Recurs dagegen ein und focht diese Entscheidung nach Art. 306 Ziff. 6 u. 7 d. StPOrdn. als nichtig an. Das ꝛc. Kreisgericht zu Gera erkannte lediglich bestätigend und verwarf die eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet.

Auf die hiegegen von der ꝛc. Staatsanwaltschaft eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde sind durch OAGUrtheil v. 26. Juli 1865 (Nr. 122) die beiden vorigen Entscheidungen cassirt worden aus folgenden Gründen:

„Das Gesetz vom 30. Juli 1852 enthält theils polizeiliche Maßregeln, theils Polizeistrafen. Beides ist durch den Sprachgebrauch des Gesetzes genau geschieden. In jener Beziehung ist von polizeilicher Verwahrung und Beschäftigung, von Unterbringung in dem Landesarbeitshaus u. s. w. die Rede, während im Gegensatz hiervon stets von Strafe gesprochen wird.

Digitized by Google

„Die §§. 1—3 bestimmen über die polizeilichen Maßregeln, §. 4 u. d. flg. dagegen verordnen Polizeistrafen. Wenn nun die beiden vorigen Urtheile die in §. 2 vorgesehene polizeiliche Maßregel als auf einem Strafgesetz beruhend angesehen und als Strafe erkannt haben, während der Angeklagte nur nach §. 8 mit Strafe angesehen werden konnte, so ist die im Art. 306 Nr. 6 der StPOrdn. bestimmte Nichtigkeit vorhanden."

CCCXCVIII.

Zu Art. 196 d. StGBuchs.

Der Müller B. zu P. war wegen Selbsthilfe nach Art. 196 des StGBuchs auf den Antrag seiner durch dieses Vergehen verletzten Ehefrau vor dem Kreisgericht zu Zerbst zu einer 4wöchentlichen Gefängnisstrafe verurtheilt worden. In der Anklage war über das Thatsächliche dieser Selbsthilfe Folgendes angeführt: Der Angekl., dessen Ehefrau die Mühle zu P. gehöre, sei mit seiner Ehefrau in ehelichen Zwist gerathen, welche dieselbe zu einer Scheidungsklage gegen denselben veranlaßt und die provisorische Trennung von Tisch und Bett während des Scheidungsprocesses beantragt habe. Bei einer hierüber vor der Gerichtscommission zu C. stattgehabten Vergleichsverhandlung habe der Ehemann versprochen, die Mühle seiner Frau vorläufig auf 3 Monate zu verlassen, ihr die alleinige Bewirthschaftung derselben zu überlassen, wogegen die Ehefrau sich verpflichtet, ihm zur Alimentation 12 Thlr. monatlich zu bezahlen. Während die Ehefrau wegen Krankheit in C. sich aufgehalten, sei der Ehemann am 29. Nov. v. J. auf der Mühle in Begleitung seines Schwagers K. aus L. mit einer Anzahl Wagen und Pferden, Knechten und einigen Arbeitsleuten erschienen und habe sämmtliches Vieh, Schiff und Geschirr, alle Vorräthe an Heu und Stroh, das Mobiliar, die Haus- und Wirthschaftssachen, die Betten, Wäsche, Tisch- und Handtücher und am 21. November auch die Vorräthe an Lupinen und Holz aus der Mühle fort- und über die Grenze nach Pratau geschafft. Er behaupte diese Sachen an K. für 500 Thlr. verkauft zu haben und vermeine hiezu berechtigt gewesen zu sein, weil er nicht nur 4000 Thlr. eigenes Vermögen in das fragliche Mühlgrundstück verwendet, sondern auch das Eigenthum an allen jenen Sachen erworben habe, indem sie während bestehender Ehe, also während er den ehelichen Nießbrauch am Vermögen seiner Frau gehabt, angeschafft resp. producirt worden wären. Diese vermeintliche Berechtigung cessire aber, wie in der Anklageschrift weiter hervorgehoben und im Straferkenntnis ausgesprochen worden war, wegen jenes getroffenen Abkommens.

Der Angekl. appellirte gegen das kreisgerichtliche Straferkenntnis aus dem Nichtigkeitsgrunde des Art. 306 Ziff. 5 der StPOrdn., es wurde jedoch in zweiter Instanz lediglich bestätigend erkannt. Ge-

Digitized by Google

gen dieses Erkenntnis wendete der Angekl. Nichtigkeitsbeschwerde ein mit Wiederholung des früheren Grundes. Durch OAGUrtheil vom 20. Sept. 1865 (Nr. 136) ist dieselbe verworfen worden aus folgenden Gründen:

„Im vorigen Erkenntnis ist der Umstand, daß sich die Ehefrau des Angeklagten im rechtsbegründeten Besitz der in Rede stehenden beweglichen Gegenstände befunden habe, für bewiesen erachtet und angenommen worden, daß der Angeklagte durch die eigenmächtige Wegnahme dieser Gegenstände den Art. 196 des StGBuchs verletzt habe. Nach dieser im wesentlichen auch dem erstinstanzlichen Erkenntnis zum Grunde liegenden, den Voraussetzungen des angezogenen Artikels entsprechenden Feststellung läßt sich nicht annehmen, daß für die fragliche That kein einschlagendes Strafgesetz vorhanden, oder daß sie dem Art. 196 d. StGBuchs in Folge einer unrichtigen Auslegung desselben unterzogen worden sei. Der Angeklagte behauptet zwar, daß er zur Wegnahme der gedachten Gegenstände befugt gewesen sei, indem der mit seiner Ehefrau am 3. November v. J. geschlossene Vertrag — wornach er sich verpflichtet habe, die ihr gehörige Mühle vorläufig auf drei Monate zu verlassen und ihr die alleinige Bewirthschaftung derselben gegen die Verpflichtung zur Zahlung einer gewissen Alimentationssumme an ihn zu überlassen — für rechtsungiltig zu erachten sei, und daß sich seine Ehefrau nicht im rechtsbegründeten Besitz der fraglichen Gegenstände befunden habe, da dieselben ihm eigenthümlich zugehört hätten.

„Hierbei handelt es sich jedoch nicht um die Auslegung des Art. 196 d. StGBuchs und insbesondere nicht darum, was unter „„eigenmächtiger Wegnahme und rechtsbegründetem Besitz"" zu verstehen sei, sondern darum, ob der Besitz der Ehefrau des Angeklagten die Eigenschaft eines rechtsbegründeten Besitzes und die Wegnahme der Sachen die Eigenschaft einer eigenmächtigen Wegnahme an sich trägt.

„Die Entscheidung dieser Frage, mögen auch dabei civilrechtliche Bestimmungen und Grundsätze in Betracht kommen, hat aber keinen Bezug auf die Auslegung der strafgesetzlichen Vorschriften, hängt vielmehr bloß mit der Subsumtion der That unter das Strafgesetz zusammen, in welchem Falle die Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 306 Ziff. 5 d. StPOrdn. ausgeschlossen ist.

„Wenn nemlich der Richter voriger Instanz angenommen hat, daß hinsichtlich der vom Angeklagten weggenommenen Sachen ein rechtsbegründeter Besitz seiner Ehefrau vorhanden und diese Wegnahme eine eigenmächtige gewesen sei, so ist er zu dieser Annahme zunächst nur durch die Prüfung gelangt, ob die That den Voraussetzungen des Art. 196 entspricht, und es ergibt sich nirgends, daß er hierbei von einer unrichtigen Auslegung dieses Artikels ausgegangen ist.

„Darauf übrigens, ob der Angeklagte, wie der Vertheidiger behauptet, zur Wegnahme der fraglichen Sachen befugt gewesen sei und hierbei nur von einem ihm gesetzlich zustehenden Recht Gebrauch gemacht habe, kommt deshalb nichts an, weil nach Art. 196 eine strafbare Selbsthilfe auch dann vorliegt, wenn der Verbrecher ein wirkliches Recht auf die dort bezeichnete Weise geltend gemacht hat."

Digitized by Google

CCCXCIX.

Zu Artt. 269 u. 271 d. StGBuchs u. §. 4 d. (Sondersh.) Ges. v. 11. Juli 1857 die Wiederherstellung der früheren Jagdrechte betr.

Gegen den Major a. D. v. P. zu A. war wegen Zuwiderhandlung gegen Artt. 269 u. 271 d. StGB. Anklage erhoben worden. Das Thatsächliche derselben bestand darin, daß er in seinem eingefriedigten, mit verschließbaren Thüren versehenen Garten Drahtschlingen gestellt und in diesen einen Fuchs und zwei Hasen gefangen und an sich genommen hätte.

Er wurde deshalb durch Erkenntnis des ꝛc. Justizamts zu A. auf Grund der Artt. 269 u. 271 d. StGBuchs zu 20 Thlr. Geldstrafe verurtheilt, er appellirte dagegen u. a. aus dem Nichtigkeitsgrunde, weil die ihm beigemessene Handlung — nemlich das Einfangen von Wild in seinem umfriedigten und mit verschließbaren Thüren versehenen Grundstück, resp. das Behalten desselben — für ein Vergehen gehalten worden, während es in der That ein solches nicht und durch ein Strafgesetz nicht verboten sei, in welcher Beziehung weiter ausgeführt wurde, daß, wenn auch dem Fiskus in der Flur von A. das Jagdrecht zustehe, dasselbe doch nach §. 4 des (Sondersh.) Gesetzes v. 11. Juli 1857 — welches die früheren die Ausübung der Jagd betreffenden Gesetze v. 12. Sept. 1848, 27. Juli 1849 und 26. Juli 1852 aufhebt — auf eingefriedigten Grundstücken nicht ausgeübt werden dürfe. Ein Recht, das nicht ausgeübt werden dürfe, sei aber überhaupt kein Recht ꝛc. Von Seiten des Kreisgerichts erfolgte ein lediglich bestätigendes Erkenntnis. Gegen dasselbe wendete der Angeklagte Nichtigkeitsbeschwerde ein mit Wiederholung des früheren Nichtigkeitsgrundes.

Durch OAGUrtheil vom 21. Sept. 1865 (Nr. 158) ist dieselbe als unbegründet verworfen und in den Gründen hierüber Folgendes bemerkt worden:

„Durch die Erkenntnisse der beiden vorigen Instanzen ist thatsächlich festgestellt, daß der Angeklagte in seinem eingefriedigten, mit verschließbaren Thüren versehenen Garten Drahtschlingen gestellt und in diesen einen Fuchs und zwei Hasen gefangen und an sich genommen hat. Daß dem Angeklagten in dem fraglichen Bezirk überhaupt ein Jagdrecht nicht zusteht, ist im Erkenntnisse zweiter Instanz ebenfalls festgestellt und wird auch vom Angeklagten, abgesehen von dem aus seinem Eigenthum an dem fraglichen Garten hergeleiteten Rechte, nicht bestritten. Diese That des Angeklagten ist in beiden vorigen Instanzen mit Recht der Strafbestimmung in Art. 269 bezüglich 271 d. StGBuchs unterzogen worden. Denn wenn das Gesetz v. 11. Juli 1857, welches im §. 2 alle Jagdrechte, so wie sie vor dem Erlaß des Gesetzes vom 12. Sept. 1848 bestanden haben, wiederherstellt und die damals Jagdberechtigten resp. ihre Rechtsnachfolger in ihre damaligen Jagdrechte wieder einsetzt, im §. 4 weiter vorschreibt, daß auf eingefriedigten Grundstücken das

Digitized by Google

Jagdrecht nicht ausgeübt werden dürfe, so ist damit das eingefriedigte Grundstück nicht von jedem Jagdrecht eines Dritten völlig befreit, sondern diese Vorschrift hat nur den Sinn, daß der Jagdberechtigte das eingefriedigte Grundstück zum Behuf der Ausübung der Jagd nicht betreten darf; sein Recht auf ausschließliche Occupation des Wilds, wenn dasselbe das eingefriedigte Grundstück verlassen hat — wobei übrigens dem Grundstücksbesitzer eine positive Thätigkeit zu Vertreibung des Wilds nicht obliegt — wird dadurch nicht alterirt und dem Eigenthümer des Grundstücks ein Recht auf Einfangen oder Erlegen des Wilds nicht ertheilt. Die Bestimmung in §. 6 des Gesetzes vom 12. September 1848, welche dem Eigenthümer des eingefriedigten Grundstücks diese Befugnis einräumt, ist mit Aufhebung dieses Gesetzes beseitigt und ist auch keineswegs ohne besondere gesetzliche Sanction selbstverständlich, da sie als ein Ausfluß der in diesem Gesetze anerkannten Freiheit des Eigenthums von Jagdrechten Dritter erscheint, diese Freiheit aber durch das Gesetz vom 11. Juli 1857 wieder aufgehoben ist.

„Daß, wie von der stellvertretenden Generalstaatsanwaltschaft behauptet worden, die Feststellung des Verbrechens des Angeklagten in sofern in den vorigen Erkenntnissen mangelhaft sei, als nicht ausgesprochen worden, daß der Angeklagte die Absicht gehabt habe, einen rechtswidrigen Vortheil zu erlangen, kann nicht für erheblich erachtet werden. Denn so richtig es ist, daß die hier fraglichen Verbrechen vorsätzliche sein müssen, und der Vorsatz liegt augenscheinlich, wenn auch nicht wörtlich doch dem ganzen Zusammenhange nach in den vorigen Erkenntnissen mit als festgestellt vor, so bedarf es doch nicht einer speciellen Qualification des Vorsatzes wie bei dem Diebstahl; eine solche ist nach Laut des Art. 269 d. StGBuchs nicht erforderlich und aus der Herbeiziehung der Strafen des Diebstahls nicht abzuleiten.

„Der Einwand des Vertheidigers, daß der Angeklagte die fragliche Handlung mit dem Bewußtsein der Berechtigung dazu vorgenommen habe und hierdurch jeder strafrechtliche Vorsatz ausgeschlossen werde, kann gegen die thatsächliche Annahme des Vorsatzes in den vorigen Erkenntnissen, wogegen keine Nichtigkeitsbeschwerde stattfindet, nicht in Betrachtung kommen. Es würde auch nur ein Irrthum über die dem Angeklagten als Eigenthümer des fraglichen Grundstücks zustehenden Befugnisse in Frage stehen, welcher auf einer Unwissenheit über die Strafbarkeit der Handlung überhaupt hinauslaufen und nach Art. 63 Absatz 3 d. StGB. die Strafbarkeit nicht ausschließen würde."

CCCC.

Zu §. 11 des (Weimar.) Gesetzes vom 1. Mai 1850 u. Art. 213 d. StGBuchs.

Auf eine von dem Gemeindevorstand zu H. dem ꝛc. Justizamt zu J. erstattete Anzeige, daß Georg H. das. durch seine Dienstmagd von einem seinem Taglöhner B. überlassenen Acker Kraut und Kohlrüben habe herausthun lassen und in seinen Nutzen verwendet, dadurch aber sich eines Diebstahls schuldig gemacht habe, verurtheilte nach stattgehabter Hauptverhandlung das ꝛc. Justizamt zu J. den Angekl. auf Grund des (Weimar.) Gesetzes vom 1. Mai 1850 wegen dieser Entwendung zu 5tägiger Gefängnisstrafe ꝛc. Derselbe wendete gegen diesen Strafbescheid Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil die ihm zur Last gelegte Ent-

Digitized by Google

wendung von Kraut und Kohlrüben für eine Übertretung des §. 11 des Gesetzes vom 1. Mai 1850 resp. für einen Diebstahl gehalten worden, während ein einschlagendes Strafgesetz nicht vorhanden sei. In der Ausführungsschrift wurde dies dadurch zu begründen versucht, daß er, der Angekl., Eigenthümer des erwähnten Krautackers sei, er dieses Grundstück gedüngt habe und auch die Pflanzen, die er später als Kraut und Kohlrüben entwendet haben solle, von ihm herrührten; er sei mithin als Eigenthümer dieser Erzeugnisse seines Grundstücks anzusehen, während B. erst im Moment der Perception derselben das Eigenthum an diesen Früchten erworben haben würde ꝛc.

Bei der in der zweiten Instanz vor dem ꝛc. Kreisgericht zu A. stattgefundenen Verhandlung der Sache bestritt der Vertheidiger auch noch das Vorhandengewesensein einer gewinnsüchtigen Absicht auf Seiten des Angekl. und behauptete, daß derselbe sich dabei in einem Irrthum befunden habe. Das Kreisgericht ertheilte jedoch ein lediglich bestätigendes Erkenntnis.

Die dagegen von dem Angeklagten mit Wiederholung des früheren Grundes eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch OAGUrtheil vom 21. Sept. 1865 (Nr. 159) verworfen worden in Erwägung folgender Gründe:

„Wenn nun auch richtig ist, daß der §. 11 des Ges. vom 1. Mai 1850 rücksichtlich der dort erwähnten Gegenstände den Thatbestand des Diebstahls, wie solcher im Art. 213 d. StGBuchs angegeben ist, voraussetzt, so ist doch dem obigen Einwand des Vertheidigers entgegenzuhalten, daß das vorige Erkenntnis angenommen hat, daß die fraglichen Feldfrüchte dem B. gehörig gewesen seien, womit ohne Zweifel hat gesagt werden sollen, daß sie dem B. eigenthümlich zugehört hatten, so daß sie hiernach für den Angekl. eine fremde Sache waren, an welcher derselbe allerdings einen Diebstahl hat begehen können. Bei dieser Feststellung handelt es sich aber, wenn auch dabei civilrechtliche Vorschriften und Grundsätze in Betracht kommen, nicht um die Auslegung des Strafgesetzes, namentlich des im Art. 213 d. StGBuchs vorkommenden Ausdrucks „„„fremde bewegliche Sachen"", sondern nur darum, ob die fraglichen Feldfrüchte die nach dem Strafgesetz erforderliche Eigenschaft einer fremden Sache haben. In einem solchen Falle aber, wo nicht Existenz oder Auslegung eines Strafgesetzes, sondern bloß die Subsumtion der That unter dasselbe in Frage steht, ist nach Art. 306 d. StPOrdn. die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen."

CCCCI.

Zu Artt. 166. 30–35 d. StGBuchs für das Fürstenth. Reuß-Greiz v. 27. Nov. 1861 über das Verbrechen des Menschenraubs.

Friederike P. zu Greiz, geb. am 8. April 1844, die uneheliche Tochter der Sophie P. daselbst, war wegen verschiedener Eigenthumsvergehen zu 6 Monaten Arbeitshausstrafe verurtheilt worden. Bei

Digitized by Google

der am 10. Juli 1862 erfolgten Bekanntmachung des desfallsigen Erkenntnisses gab sie gegen das ꝛc. Criminalgericht zu Greiz vor, sie sei schwanger und zwar seit einigen Monaten. Sie bat deshalb um Aufschub der Vollstreckung der Strafe bis nach ihrer Niederkunft. Auf Anordnung der Untersuchungsbehörde wurde diese Behauptung durch die Hebamme K. geprüft, dieselbe konnte sie aber weder bestimmt verneinen, noch bejahen. Durch diesen Ausspruch der Hebamme hatte die Inculpatin so viel erreicht, daß die Strafe noch nicht vollstreckt wurde. Um nun nicht nur das Gericht, sondern auch sonst jedermann glauben zu machen, daß sie schwanger sei, nahm sie sich vor, wenn die Zeit herangekommen sein werde, wo ihrem Vorgeben nach ihre Niederkunft erfolgen müsse, ein Kind zu rauben, um als angebliche Mutter eines ganz kleinen Kindes die Strafvollstreckung noch länger hinausgeschoben zu sehen, da sie glaubte, man werde die Arbeitshausstrafe an ihr nicht vollstrecken lassen, so lange das Kind nicht so weit herangewachsen sein werde, um getrennt von der angeblichen Mutter von irgend einer andern Person aufgezogen werden zu können. Über den Raub eines solchen Kindes konnte sie damals einen näheren Plan noch nicht entwerfen, weil sie im Voraus nicht wußte, wer um die Zeit, wo sie das Kind brauchte, neugeborene Kinder haben werde; sie nahm sich jedoch damals schon vor, ein ganz junges Kind, wo möglich, ein neugeborenes Kind zu rauben, wo sich Gelegenheit dazu darbieten werde, solches für ihr eigenes Kiud auszugeben, es taufen zu lassen und, so gut sie könne, es aufzuziehen. Als ihr am 20. Nov. bei einer andern Gelegenheit vom Untersuchungsgericht eröffnet worden war, daß sie wegen jener Strafvollstreckung durch den Gerichtsarzt untersucht werden müsse, um Gewißheit darüber zu erlangen, ob sie wirklich schwanger sei, schritt sie nunmehr zur wirklichen Ausführung jenes Vorhabens und machte nach einander drei verschiedene Versuche, sich ein neugeborenes oder wenigstens ein noch ganz kleines Kind zu verschaffen. Sie richtete zu diesem Behuf ihr nächstes Absehen auf das außereheliche, damals 4 Wochen alte, Kind der ledigen Friederike K. zu H., mit welcher sie persönlich bekannt war, und begab sich am 24. November in die Wohnung derselben, erfuhr aber, daß dieselbe mit ihrem Kinde in dem Gemeindehause zu R. sich aufhalte, um eine daselbst krank darnieder liegende Verwandte, die verehel. D., zu pflegen. Unter dem Vorgeben, die Herrenfrau von Sch. wolle der Friederike K. etwas schenken, dieselbe möge sich sofort bei derselben in Sch. einfinden, wußte die Inculpatin es dahin zu bringen, daß die in H. einheimisch getroffene Stiefmutter der K. ihre 13jährige Tochter Wilhelmine nach R. zu der K. schickte und derselben sagen ließ, sie solle sofort zu der Herrenfrau nach

Digitized by Google

Sch. kommen und daselbst für ihr Kind ein Geschenk erhalten, dieses Kind selbst aber nicht dahin mitnehmen. Letzteres hatte die Inculpatin ausdrücklich mit bemerklich gemacht. Sie begleitete darauf die 13jährige Wilhelmine K. von H. nach R. und gab sich dabei für die Ausgeberin oder Mamsell der Herrenfrau in Sch. aus. Unterwegs sagte die Inculpatin zu der Wilhelmine K., dieselbe möge, sobald ihre Schwester auf den Weg nach Sch. sich begeben haben werde, deren Kind einmal herausbringen, sie wolle sich dasselbe gern einmal ansehen und deshalb außen vor dem Dorfe warten. Die Wilhelmine K. versprach diesem Wunsche nachzukommen, bei der Ankunft beider in R. begab sich die Wilhelmine K. in das Gemeindehaus, während die Inculpatin auf der Straße an einer Stelle verweilte, von welcher aus sie das Gemeindehaus übersehen konnte und daselbst einigemale auf- und abging. Späterhin entfernte sie sich eine kleine Strecke vom Dorfe nach einem dort befindlichen Gehölze zu, um dort die Wilhelmine K. mit dem Kinde zu erwarten, wobei sie den Plan hatte, das Kind, wenn die Wilhelmine K. es bringe, unter dem Vorgeben, es anzusehen, an sich zu nehmen oder auch es derselben geradezu zu entreißen und mit demselben nach dem nahen Wald zu entspringen, von da aus es aber nach G. in ihre Wohnung zu tragen. Nachdem die Wilhelmine K. den erwähnten Auftrag ihrer Schwester Friederike ausgerichtet hatte, dieselbe aber wegen eines häuslichen Geschäfts sich nicht sofort auf den Weg nach Sch. begeben konnte, nahm die Wilhelmine K. das Kind derselben vom Bette weg, um es fortzutragen und es der fremden Weibsperson, welche jenen Auftrag überbracht, zu zeigen. Nach einiger näheren Aufklärung hierüber von Seiten der Wilhelmine K. ließ die Mutter das Forttragen des Kindes geschehen und jene trug dasselbe nach der Stelle zu, wo sie die Inculpatin verlassen hatte. Dieselbe hatte sich mittlerweile von dieser Stelle entfernt und dem Wald genähert, von wo aus sie der Wilhelmine K. entgegen kam. Ehe beide sich einander so weit genähert hatten, daß die Inculpatin das Kind ergreifen und an sich nehmen konnte, war die Mutter desselben, von der kranken D. auf das Bedenkliche des Wegtragens desselben aufmerksam gemacht, ihrer Schwester Wilhelmine nachgeeilt und rief bei der Wahrnehmung, daß dieselbe mit dem Kinde auf die unweit des Waldes wartende fremde Weibsperson zueilte, aus der Ferne zu: sie solle mit demselben augenblicklich umkehren. Als die Inculpatin dieses Rufen vernahm und die Friederike K. auf sich zukommen sah, ergriff sie eilig die Flucht nach dem Walde zu, Friederike K. nahm ihrer Schwester das Kind ab und trug es nach Hause.

Nach Vereitelung dieses Plans richtete die Inculpatin ihr Absehen

Digitized by Google

nunmehr auf das uneheliche Kind der ledigen Friederike K. in H. Auf der vorerwähnten Flucht erfuhr sie nemlich bei dem Zusammentreffen mit Christiane N. von da, daß es in H. an neugeborenen Kindern nicht fehle, es wurden ihr mehrere derselben genannt, unter diesen auch das der Friederike K. Die Inculpatin ging nun in der Absicht nach H., eins dieser Kinder zu rauben, sie nahm sich vor, sich für eine sog. kluge Frau auszugeben, welche durch Sympathie Kinderkrankheiten zu heilen vermöge und ging zunächst in die Wohnung der Friederike K., sie kam bei derselben nach 1 Uhr Nachmittag an und traf die N., deren Mutter, eine alte gebrechliche Frau, und noch ein Frauenzimmer an, das Kind lag auf dem Sopha. Die Inculpatin gab nun vor, daß sie für Leibschmerzen und das Herzgespann der kleinen Kinder thun könne, daß sie selbst Mutter eines kleinen Kindes sei und sich eingefunden habe, um ihr, der N., Kind anzuschneiden, damit es vor jeder Krankheit bewahrt bleibe. Die N. und deren Mutter wiesen jedoch das Anerbieten ab und bemerkten, sie ließen mit dem Kinde nichts vornehmen. Inculpatin entgegnete, sie sollten ihr nur gestatten, das Kind bis an die Stubenthür zu tragen, damit sie dort das Anschneiden vornehme. Dasselbe besteht darin, daß man das Kind an einen Thürstock hält und seine Körperlänge durch einen Schnitt mit dem Messer am Thürstock anmerkt. Nach einem in dortiger Gegend verbreiteten Aberglauben sollen gewisse Krankheiten bei Kindern nicht mehr auftreten, sobald das Kind die am Thürstock angeschnittene Größe überwachsen habe. Die N. und deren Mutter blieben bei ihrer Weigerung, obgleich die Inculpatin ihnen eindringlich vorstellte, es sei ja nur zum Besten des Kindes, wenn sie die beschriebene einfache Handlung vornehme, und zeigten überhaupt Mistrauen gegen die Inculpatin. Denn als dieselbe neben dem Sopha sitzend sich einmal nach dem Kinde hinneigte, um es zu betrachten, suchte die N. das Kind sofort ihren Blicken zu entziehen, indem sie es mit einem Tuche zudeckte. Alles weitere Zureden der Inculpatin, ihr das Anschneiden des Kindes noch zu gestatten, blieb bei der N. fruchtlos und die Inculpatin entfernte sich endlich nach einem etwa $\frac{1}{4}$ stündigen Verweilen. Nach ihrem Geständnis wollte sie, wenn die N. es gestattet hätte, das Kind in ihre Arme zu nehmen, um es an der Thüre anzuschneiden, mit demselben davon eilen.

Aus der Wohnung der N. ging die Inculpatin in die des Druckers Kl., dessen Ehefrau erst kürzlich geboren hatte, wie der Inculpatin im Walde zwischen Hermannsgrün und Pohlitz von der N. aus H. gesagt worden war. Ihr Plan ging dahin, die Mutter der Kl., welche sich bei derselben aufhielt, unter einem Vorgeben zu entfernen und sich dann des Kindes zu bemächtigen. Sie erschien gegen 2 Uhr Nachmittags in der

Digitized by Google

Wohnung der Kl. und traf diese sowie deren Mutter einheimisch. Das neugeborene Kind der Kl. lag in einem Korbe, welcher auf einigen Stühlen neben dem Ofen stand. Inculpatin sagte beim Eintritte, es solle sofort jemand zu dem Drucker Kl. in P. kommen. Die Kl. und deren Mutter fanden diesen Auftrag sehr unwahrscheinlich, die Inculpatin wußte dieses Befremden aber zu beseitigen und erbot sich, da die Mutter der Wöchnerin erklärte, daß sie solche nicht allein lassen könne, so lange bei derselben bleiben zu wollen, bis sie, die Mutter, von P. wieder zurückgekehrt sein würde. Die Inculpatin nannte sich nach ihren persönlichen Verhältnissen befragt Seifert und gab an: sie habe sich mit ihrer Mutter 4 Wochen lang im Pohlitzer Wirthshause aufgehalten; sie beide kurirten Kinderkrankheiten und könnten namentlich gegen Leibschmerzen der Kinder thun und erfreuten sich weit und breit einer ausgebreiteten Kundschaft. Sie trat dann an den Kinderkorb heran, besah sich das Kind und äußerte, sie wolle einmal das Kind mit herunter in das Nachbarhaus nehmen, wo ihre Mutter sich aufhalte, diese könne dafür thun, daß das Kind keine Bauchschmerzen bekomme. Die Kl. und deren Mutter erklärten jedoch, daß sie das Kind nicht forttragen ließen, und wenn demselben einmal etwas fehlen sollte, so würden sie sich eines Arztes bedienen. Die Inculpatin bat nochmals ihr zu gestatten, daß sie das Kind einmal zu ihrer Mutter trage, und ergriff, als ihr darauf entgegnet wurde, daß ihre Mutter ja auch in die Wohnung der Kl. kommen könne, wenn sie die Leibschmerzen versprechen wolle, das Kind, um es aus dem Korbe herauszunehmen und fortzutragen. Die Kl. und deren Mutter schrien jedoch, sie solle das Kind liegen lassen, worauf sich die Inculpatin aus der Stube entfernte. Sie glaubte nunmehr, bei der ledigen K. in R. noch am ersten ihren Plan, ein Kind zu rauben, ausführen zu können und ging am 27. Nov. nach R., um vorerst sich zu vergewissern, ob die K. bereits ausgegangen oder noch im Gemeindehause anzutreffen sei. Dieselbe hatte inzwischen von dem Vorgange am 24. Nov. dem Criminalgerichte bereits Anzeige gemacht, dasselbe hatte sofort seinen Verdacht gegen die Inculpatin gerichtet und es wurde nunmehr die Untersuchung wegen wiederholt versuchten Menschenraubs gegen sie eröffnet, in welcher durch die Geständnisse der Inculpatin und sonst das Vorbemerkte sich herausstellte. Die Fürstl. Landesregierung zu Greiz erkannte nach einem eingeholten Gutachten der hiesigen Juristenfacultät gegen die Inculpatin wegen Versuchs des Menschenraubs auf eine dreijährige Arbeitshausstrafe, die jedoch auf dagegen eingewendete Oberappellation durch OAGUrtheil vom 5. Nov. 1863 (Nr. 212) auf 2 Jahre herabgesetzt worden ist mit Beifügung folgender Gründe:

Digitized by Google

„Es ist zuvörderst anzuerkennen, daß das von der Angeschuldigten begangene Attentat im Falle des Gelingens der verbrecherischen Handlung unter den Begriff des Menschenraubs, wie er im Art. 166 d. StGBuchs gesetzlich festgestellt ist, zu fassen sein würde. Denn wenn dieses Verbrechen voraussetzt, daß der Thäter sich eines Menschen dergestalt bemächtige, daß diesem dadurch der Schutz der Gesetze in Beziehung auf seine persönlichen und Familienverhältnisse entzogen werde, so ist darunter nicht nur der Fall zu verstehen, daß der Geraubte ganz aus dem Bereiche der Giltigkeit der Staatsgesetze hinausgebracht werde, sondern auch der Fall, daß durch den Raub seine Familienverhältnisse so verdunkelt und verborgen werden, daß die Staatsgesetze darauf nicht wirksam angewendet werden können. Das hat aber Inculpatin jedenfalls bei ihren Handlungen beabsichtigt, diese Handlungen enthielten daher einen Versuch jenes Verbrechens. Es war auch durch die vorgenommenen Handlungen, wie schon in voriger Instanz richtig ausgeführt und auch vom Vertheidiger nicht in Abrede gestellt worden ist, die Ausführung des Verbrechens nicht bloß vorbereitet, sondern bereits wirklich angefangen, weshalb an dem Vorhandensein eines strafbaren Versuchs nicht gezweifelt werden kann — Art. 30 vgl. mit Art. 35 d. StGBuchs. Da das Urtheil voriger Instanz bereits angenommen hat, daß der Versuch als ein nicht beendigter anzusehen sei, so ist diese Frage hier nicht weiter zu erörtern, man muß aber auch dem Erkenntnisse voriger Instanz darin beistimmen, daß die Ausführungshandlungen bereits weit vorgeschritten waren und daß nur noch wenig zu Vollendung des Verbrechens fehlte.

„Ebenfalls ist hier nicht weiter auf die Frage einzugehen, ob die gegen drei verschiedene Kinder gerichteten Versuchshandlungen als drei selbständige verbrecherische Handlungen, deren jede mit einer besondern Strafe zu belegen wäre, angesehen werden müssen, oder ob sie nur als Fortsetzung eines und desselben Verbrechens erscheinen; denn da das vorige Urtheil in dieser Beziehung die der Angeschuldigten günstigere Meinung angenommen*) und

*) In den Gründen war ausgeführt, daß mit den von der Inculpatin am 24. Nov. begangenen Handlungen die Ausführung des unvollendet gebliebenen Verbrechens angefangen habe. Ein solcher Anfang der Ausführung könne aber in ihrem am 27. Nov. erneuerten Unternehmen nicht gefunden werden, indem dasjenige, was sie an diesem Tage gethan, nur als Vorbereitung zur Ausführung, nicht aber als deren Anfang erscheine und darum der Bestrafung noch nicht unterliegen könne. Art. 35 d. StGB. In demjenigen, was die Inculpatin gegen das Kind der N. vorgenommen, könne ein beendigter Versuch nicht erblickt werden. Auch bei dem Unternehmen gegen das Kind der K. habe die Inculpatin noch nicht alles gethan, was sie für nöthig gehalten, um die beabsichtigte Rechtsverletzung herbeizuführen. Denn es habe von ihrer Seite doch immer noch eine Handlung hinzukommen müssen, durch welche sie das Kind an sich genommen oder in dessen Besitz sich gesetzt haben würde, deshalb sei auch hierin ein beendigter Versuch nicht zu finden. Dasselbe gälte von dem Unternehmen gegen das Kind der Kl. — Beide Versuche fänden aber der Vollendung sehr nahe. — Man müsse die am 24. Nov. unternommenen drei Versuche als Fortsetzung eines und desselben Verbrechens ansehen, nicht als drei selbständige verbrecherische Handlungen, deren jede mit einer besonderen Strafe zu belegen sei. Die Inculpatin habe den späteren Versuch immer nur deshalb unternommen, weil der vorherige mißglückt wäre; ihre Absicht sei unzweifelhaft

Digitized by Google

nur einen Versuch bestraft hat, so würde dies in jetziger Instanz doch nicht zum Nachtheil der Angeschuldigten abgeändert und es würden nicht drei verschiedene Versuche bestraft werden können, wenn auch dem in jetziger Instanz urtheilenden Gerichtshof Bedenken gegen die Annahme des vorigen Richters beigehen sollten*)."

CCCCII.

Zu Art. 306 Ziff. 3 u. 4 u. Art. 332 Ziff. 3 d. StPOrdn.

August T. und Friedr. M. zu S. waren wegen eines gegen sie zur Anzeige gebrachten Forstvergehens von dem Fürstl. Justizamt zu Sondershausen in eine 3tägige Gefängnisstrafe verurtheilt worden mittels Erkenntnisses vom 11. April 1865. In einer am 19. April bei dem Kreisgericht zu Sondershausen eingereichten Schrift reclamirten die Angekl. gegen diesen Strafbescheid, weil das Justizamt, ohne ihre Einwendungen zu berücksichtigen, sie zu Strafen verurtheilt habe. Das Kreisgericht resolvirte auf diese Eingabe, es solle dieselbe dem Fürstl. Justizamt daselbst zur geeigneten Beschlußfassung zugehen, sie ist sodann auch bei demselben spätestens am 21. April eingegangen. Am 26. April erklärten beide vor das Justizamt beschiedene Angekl., daß sie mittels der erwähnten Eingabe gegen das amtliche Erkenntnis hätten appelliren wollen. Die Staatsanwaltschaft beantragte hierauf bei dem Kreisgericht Termin zur Verhandlung über das eingewendete Rechtsmittel, das Kreisgericht beschloß auch die Anberaumung eines solchen, verwarf aber später, ohne diesen Termin abgehalten zu haben, das eingewendete Rechtsmittel als versäumt. Auf die von der Staatsanwaltschaft im Interesse der Angeklagten nach Art. 306 Ziff. 5 u. 4 und Art. 332 Ziff. 3 d. StPOrdn. eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch OAGUrtheil v. 25. Oct. 1865 (Nr. 186) das Kreisgerichtserkenntnis als nichtig wieder aufgehoben und die Sache zur ordnungsmäßigen Verhandlung in der Appellationsinstanz verwiesen worden aus folgenden Gründen:

„Die schriftliche Eingabe der beiden Angeklagten v. 18. April 1865, worin sie anführen, daß das Justizamt, ohne ihre Einwendungen zu berücksichtigen, ihnen die Strafe zuerkannt habe und daß sie sich deshalb genöthigt sehen, gegen dieses Straferkenntnis zu reclamiren, muß als eine genügende Appellation angesehen werden, indem sie darin unzweifelhaft zu erkennen geben, daß sie sich bei dem Erkenntnisse nicht beruhigen wollen und anderweite Entscheidung verlangen. Damit steht auch im Einklange, wenn sie das Kreis-

nur auf die Erlangung Eines Kindes gerichtet gewesen, alle drei Versuche wären aus einem und demselben verbrecherischen Entschlusse hervorgegangen.

*) Die Minderung der Strafe auf 2 Jahre Arbeitshaus wird in den Gründen des OAGerichts dadurch motivirt, daß in objectiver Beziehung die Gefahr, daß das geraubte Kind dem Schutze der Gesetze dauernd entzogen werden würde, nur eine sehr geringe gewesen sei, was nach den näheren Umständen weiter deducirt wird.

Digitized by Google

gericht bitten, die Sache einmal zu untersuchen und die Zeugen zu vernehmen, denn damit sollte nicht, wie der Richter voriger Instanz meint, die Sache in das Stadium der Voruntersuchung zurückversetzt, sondern die in der Appellationsinstanz nicht ausgeschlossene anderweite Erhebung des Beweises beantragt werden. Daß aber eine ausdrückliche Bezeichnung des Rechtsmittels als Appellation nicht erforderlich ist, hat das Oberappellationsgericht bereits mehrfach ausgesprochen.

„Da die erwähnte Eingabe, obschon an das Kreisgericht gerichtet, doch noch innerhalb der 10tägigen Frist zu den Akten des Justizamts, also an die rechte Stelle gelangt ist, so braucht auf die erst nach Ablauf der Frist abgegebene ausdrückliche Erklärung der Angeklagten, daß sie mit jener Eingabe gegen das amtliche Erkenntnis haben appelliren wollen, zur Erläuterung der Eingabe kein Gewicht gelegt zu werden.

„Hat aber das Kreisgericht die zeitig und sonst genügend eingewandte Appellation der Angeklagten ohne vorherige mündliche Verhandlung verworfen, so liegt auch der von der Staatsanwaltschaft im Interesse der Angeklagten geltend gemachte Nichtigkeitsgrund Nr. 4 des Art. 306 d. StPO. vor, weil durch die Verwerfung ungeachtet des in der Appellation liegenden Antrags auf Zulassung zur Verhandlung in der Appellationsinstanz das diese Verhandlung betreffende Vertheidigungsmittel gesetzwidrig versagt worden ist."

CCCCIII.

Zu Art. 189 des StGBuchs und Artt. 10. 12. 13. 21. 22. 24. 17 der zwischen dem Königreich Preußen und dem Herzogthum S. Coburg-Gotha am 1. Juni 1861 abgeschlossenen Militärconvention.

In dem Prospecte der seit Januar 1864 in Coburg unter Verantwortlichkeit des Rechtsanwalts St. gegründeten Deutschen Wehrzeitung und dann wieder in Nr. 1 desselben Blattes fand sich ein Lied abgedruckt, in welchem die Scham preußischer Soldaten über die damalige politische Haltung der preußischen Staatsregierung in der Schleswig-Holsteinischen Angelegenheit ausgedrückt war und in welchem jeder Vers mit dem Refrain schloß: „Der Däne spuckt mich an."

Am 25. Februar 1864 wurde ein in beglaubigter Abschrift zu den Akten gekommenes Rescript des ꝛc. Staatsministeriums zu Gotha an die dasige Oberstaatsanwalt erlassen, in welchem dieselbe davon in Kenntnis gesetzt wurde, daß der Obrist und Regimentscommandeur v. B. Namens des zum Gothaischen Regiment commandirten K. Preuß. Officiercorps beantragt habe, es möge wegen des vorerwähnten, eine Beleidigung der K. Preuß. Armee enthaltenden Gedichts Bestrafung eintreten, die ꝛc. Oberstaatsanwaltschaft habe das deshalb Nöthige zu verfügen.

Hierauf wurde auch von der Staatsanwaltschaft zu Coburg bei dem Untersuchungsrichter des dasigen Kreisgerichts gegen den Rechtsanwalt St. und eventuell gegen den Verfasser des fraglichen Gedichts

Digitized by Google

beantragt, die Voruntersuchung wegen Beleidigung der preußischen Armee einzuleiten, der Untersuchungsrichter wies diesen Antrag ab, weil in diesem Gedicht eine Beleidigung der preußischen Armee nicht zu finden sei, das Kreisgericht trat dieser Ansicht bei, das ꝛc. Appellationsgericht zu Gotha ordnete aber die Einleitung der Voruntersuchung an.

Mittlerweile hatte die Staatsanwaltschaft bei dem ꝛc. Staatsministerium die Mittheilung einer beglaubigten Abschrift des Strafantrags des Regimentscommandeurs v. B. beantragt, jedoch auf diesen Antrag die Antwort erhalten, es könne die Mittheilung der erbetenen Abschrift nicht für erforderlich gehalten werden, indem das Ministerialdecret vom 28. Februar genügen müsse, um zu constatiren, daß ein Strafantrag gestellt worden sei. Es war in jenem Rescript wörtlich noch Folgendes bemerkt: „Übrigens nehme das Staatsministerium keinen Anstand, in seiner Eigenschaft als vorgesetzte Dienstbehörde der zum Coburg-Gothaischen Contingent commandirten preußischen Officiere nach Maßgabe der Vorschrift im Art. 193 Ziff. 2 d. StGBuchs zugleich Strafantrag zu stellen."

Auf die nach geschlossener Voruntersuchung von der Staatsanwaltschaft gegen den Rechtsanwalt St. unter Bezugnahme auf den Strafantrag des ꝛc. v. B. erhobene und auf den Art. 189 Ziff. 2, Artt. 191, 192 Ziff. 2 und 4, Art. 193 Ziff. 2 und 3 und 194 des StGBuchs und Artt. 13, 20—23 des Preßgesetzes vom 6. Oct. 1851 wegen öffentlicher Beleidigung der preußischen Armee gestützte Anklage erkannte das ꝛc. Kreisgericht zu Coburg: es sei der Angekl. nicht in den Anklagestand zu versetzen, das ꝛc. Appellationsgericht zu Gotha hob diesen Zurückweisungsbeschluß des ꝛc. Kreisgerichts wieder auf und ertheilte ein der Anklage entsprechendes Verweisungserkenntnis. In der hierauf vor dem Kreisgericht stattgefundenen Hauptverhandlung sprach dasselbe, seine bereits angedeutete Ansicht festhaltend, den Angeklagten von der Anklage frei ꝛc.

Gegen dieses Kreisgerichtserkenntnis appellirten beide Theile, die Staatsanwaltschaft, weil der Angekl. freigesprochen worden sei, der Angekl., weil die erhobene Anklage nicht wegen Mangels an dem gesetzlichen Strafantrage verworfen worden sei.

Nach stattgehabter öffentlicher Verhandlung erkannte das ꝛc. Aplationsgericht zu Gotha am 21. Juli 1865 das Rechtsmittel des Angekl. als unbegründet verwerfend, auf das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft aber abändernd und verurtheilte den Angekl. auf Grund der in der Anklageschrift allegirten Strafgesetze in eine Geldstrafe von 50 Fl. ꝛc.

Digitized by Google

Gegen dieses zweitinstanzliche Urtheil hat der Angekl. Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 332 Ziff. 1 u. 2, Art. 306 Ziff. 2 d. StPO. ꝛc. eingewendet, und es ist darauf am 19. Oct. 1865 ein cassatorisches Urtheil des Ges. OAGerichts (Nr. 188) erfolgt aus nachstehenden Gründen:

„Der Angeklagte hat sich zuerst auf den schon gegen das Erkenntnis erster Instanz vorgebrachten und jetzt wiederholten Nichtigkeitsgrund Nr. 2 des Art. 306 d. StPOrdn. gestützt, daß der Staatsanwalt bei einem Vergehen, welches nur auf Antrag eines Betheiligten verfolgt werden könne, unberechtigter Weise ohne einen solchen Antrag aufgetreten sei. Das jetzt in Rede stehende Vergehen der Beleidigung ist nun allerdings nach Art. 193 d. StG-Buchs ein solches, welches nur auf Antrag dabei betheiligter Personen in Untersuchung und Bestrafung gezogen werden soll. Zu Stellung eines solchen Antrags sollen außer den unmittelbar Betheiligten unter Andern berechtigt sein bei Beleidigung gegen im öffentlichen Dienst angestellte Personen, gleichviel ob sie mit Rücksicht auf ihr Dienstverhältnis oder sonst verletzt worden sind, die amtlichen Vorgesetzten und bei Beleidigungen gegen ganze Personenklassen, Gemeinden und Genossenschaften, jedes Mitglied derselben. Die Prüfung des thatsächlichen Vorhandenseins eines genügenden Strafantrags steht auch noch dem Richter der Cassationsinstanz zu. Der Einwand, daß diese Prüfung ausgeschlossen sei, weil deshalb schon thatsächliche Feststellung vorliege, und dann Nichtigkeitsbeschwerde nicht stattfinde, ist unerheblich, da die Verfagung der Nichtigkeitsbeschwerde in solchen Fällen sich auf den Nichtigkeitsgrund des Art. 306 Nr. 5 d. StPOrdn. bezieht, und dagegeu bei dem Nichtigkeitsgrund Nr. 2, wie der hiesige Gerichtshof schon mehrmals angenommen, die Prüfung auch der thatsächlichen Verhältnisse zu dessen Competenz gehört.

„Die Anklage stützt sich nun auf zweierlei Strafanträge: 1) auf einen vom Oberst und Regimentscommandeur Namens des zum Coburg-Gothaischen Regiment commandirten Preußischen Officiercorps gestellten; 2) auf einen von dem Herzoglich Coburg-Gothaischen Staatsministerium in seiner Eigenschaft als vorgesetzte Dienstbehörde der fraglichen Preußischen Offiziere bei der Staatsanwaltschaft gestellten Strafantrag.

„Zu 1. Die Anklage und das verurtheilende Erkenntnis voriger Instanz haben angenommen, es liege eine vom Angeklagten begangene Beleidigung der Königlich Preußischen Armee vor — eine Annahme, deren Richtigkeit gegenwärtig vorausgesetzt werden muß. Unter der Preußischen Armee kann dabei nichts anderes verstanden sein, als der Inbegriff der Preußischen Soldaten. Diese Preußischen Soldaten bilden unzweifelhaft eine Personenklasse, bei einer Beleidigung derselben ist also jedes einzelne Mitglied nach Art. 193 Nr. 3 d. StGBuchs zu Stellung des Strafantrags berechtigt, mithin auch die zum Coburg-Gothaischen Contingent commandirten Preußischen Officiere. Es liegt jedoch der nach der Behauptung der Staatsanwaltschaft von ihnen gestellte Strafantrag nicht bei den Acten, sondern es hat bloß das Herzogl. Staatsministerium zu Gotha durch Rescript vom 25. Febr. 1864 die Herzogl. Oberstaatsanwaltschaft davon benachrichtiget, es sei von dem Oberst und Regimentscommandeur Namens des zum Coburg-Gothaischen Contin-

Digitized by Google

gent commandirten Preußischen Officiercorps ein solcher Strafantrag gestellt worden, und es hat später das Herzogl. Staatsministerium das Nachsuchen der Staatsanwaltschaft um Ertheilung einer beglaubigten Abschrift des Strafantrags abgelehnt. Nach Art. 47 d. StPOrdn. ist der Strafantrag bei dem zuständigen Staatsanwalt oder bei dem zuständigen Gerichte zu stellen. Es ist nun zwar, wie der hiesige Gerichtshof schon mehrfach angenommen hat, nicht erforderlich, daß der Strafantrag unmittelbar bei dem zuständigen Staatsanwalt, oder dem zuständigen Gericht gestellt wird, er kann auch durch Vermittelung dahin gelangen, es kommt nur darauf an, daß er an die zuständige Behörde gelangt, nicht aber, auf welchem Wege dies geschieht, allein er muß doch dergestalt an das zuständige Gericht gelangen, daß dieses ihn nach Form und Inhalt prüfen kann, eine Prüfung, welche nur innerhalb der Zuständigkeit der Gerichte, nicht aber innerhalb der Zuständigkeit anderer Behörden und des Herzoglichen Staatsministerium liegt.

„Da nun aber im vorliegenden Falle der behauptete Strafantrag des Regimentscommandeurs oder des betreffenden Officiercorps nicht in der Weise zur Kenntnis der zuständigen Gerichte gebracht worden ist, daß diese eine solche Prüfung vornehmen können, so kann derselbe bei aller Anerkennung der Präsumtion der Legalität nicht berücksichtigt werden.

„Zu 2. Das Herzogliche Staatsministerium hat ferner selbst in seiner Eigenschaft als vorgesetzte Dienstbehörde der zur Coburg-Gothaischen Regiment commandirten Preußischen Officiere Strafantrag gestellt. Daß die Officiere als im öffentlichen Dienst angestellte Personen zu betrachten sind, kann nicht bezweifelt werden. Das Strafgesetzbuch betrachtet bei der Beleidigung einer ganzen Personenklasse auch jedes einzelne Mitglied derselben als beleidigt, indem es jedes Mitglied für berechtigt zu Stellung des Strafantrages erklärt. Man muß daher auch annehmen, daß nicht nur die amtlichen Vorgesetzten der ganzen Personenklasse, hier also der Preußischen Armee, sondern die amtlich Vorgesetzten jedes einzelnen Mitglieds derselben, welches zugleich eine im öffentlichen Dienst angestellte Person ist, mithin hier die amtlich Vorgesetzten eines jeden zur Preußischen Armee gehörenden Officiers zu Stellung des Strafantrags berechtigt sind. Es kommt daher nur darauf an, ob das Herzogl. Staatsministerium als vorgesetzte Dienstbehörde der Preußischen zum Herzogl. Contingent commandirten Officiere zu betrachten ist. Dies muß jedoch in Abrede gestellt werden.

„Die zwischen der Königl. Preußischen Staatsregierung und der Staatsregierung des Herzogthums Coburg-Gotha unterm 1. Juni 1861 abgeschlossene, seit dem 1. Juli 1862 in Kraft getretene Militärconvention macht einen Unterschied zwischen den im Herzogthum ausgehobenen Mannschaften und zwischen den Officieren, zu welchen auch außer den activen Flügeladjutanten Sr. Hoheit des Herzogs die Portepéefähndriche, Ärzte und Zahlmeister in soweit gerechnet werden. Diese Officiere, selbst wenn sie vor der Militärconvention dem Coburg-Gothaischen Contingent angehörten, leisten dem König von Preußen den Fahneneid, werden der Preußischen Armee eingereiht und treten in den preußischen Staatsverband über. — Art. 10 der Militärconvention. — Preußen besetzt die Stellen der Officiere aller Grade des Contingents und nimmt Versetzungen aus dem Contingent in die Preußische Armee und Verabschiedungen von Officieren vor. — Art. 12 der Militärconven-

Digitized by Google

tion — und wenn es auch bei Besetzung der Stellen im Einverständnisse mit Sr. Hoheit dem Herzog handelt, so folgt daraus nichts für eine directe dienstliche Unterordnung der Officiere unter das Herzogl. Staatsministerium. Preußen übernimmt gegen eine vom Herzogthum zu leistende Aversionalsumme die vollständige Erhaltung des Contingents im Kriege und in Frieden, mithin auch die Salarirung der Officiere — Art. 23 —. Die zu Ausführung der Convention nöthigen organisatorischen und administrativen Maßregeln sind Preußen überlassen — Art. 5 der Militärconvention —. Die Erlaubnis zu Anlegung fremder Orden und Ehrenzeichen geht bloß vom König von Preußen aus —. Art. 13. — Die Preußischen Truppencommandeure, welche in dienstlicher Beziehung zu dem Contingente stehen, haben hinsichtlich des letzteren die Disciplinarbefugnisse des Rangverhältnisses, welche sie bekleiden — Art. 21. — Alle Gesuche von Officieren, sowie alle den Dienst selbst betreffende Eingaben werden auf dem von Preußen festzusetzenden Dienstwege und nach preußischen Bestimmungen erledigt — Art. 29 der Militärconvention.

„Man sieht hieraus, daß die Königl. Preußischen Behörden die vorgesetzten Dienstbehörden der zum Herzogl. Contingent commandirten Preußischen Officiere sind.

„Es sind allerdings auch Sr. Hoheit dem Herzog durch diese Militärconvention gewisse Rechte über diese Officiere vorbehalten. Nach Art. 15 haben die Officiere für die Dauer ihres Commandos dem Herzog durch Handschlag Treue anzugeloben, nach Art. 15 steht der Herzog zu dem Contingent in dem Verhältnisse eines commandirenden Generals, er kann nach Art. 17 das Contingent zu polizeilichen Zwecken verwenden; nach Art. 21 übt Höchstderselbe eine gewisse Militärstrafgewalt, wogegen die Gerichtsbarkeit nach Art. 22 den Preußischen Behörden und das Bestätigungsrecht hinsichtlich der Erkenntnisse gegen Officiere dem König von Preußen im Einverständnisse mit dem Herzog zusteht. Ein Begnadigungsrecht hinsichtlich der nicht militärischen Vergehen der Officiere ꝛc. wird vom König von Preußen und dem Herzog gemeinschaftlich geübt, ebenso das Bestätigungsrecht in ehrengerichtlichen Angelegenheiten — Art. 24 — wogegen die Strafvollziehung lediglich Preußen überlassen bleibt. Allein soweit diese Rechte dem Herzog in seiner Eigenschaft als commandirender General zustehen, hat das Herzogl. Staatsministerium nichts damit zu thun und kann nicht als Organ Sr. Hoheit betrachtet werden; soweit dagegen die Sr. Hoheit vorbehaltenen Rechte aus Seiner Landeshoheit hervorgehen und das Herzogl. Staatsministerium demnach mitzuwirken hat, beziehen sie sich nicht auf die dienstliche, sondern nur auf die staatliche oder landesherrliche Unterordnung. Auch der Umstand, daß nach Art. 17 das Militär behufs der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung den Requisitionen der Civilbehörden unweigerlich Folge zu leisten hat, begründet, wie überhaupt solche Requisitionen keine dienstliche Unterordnung.

„Aus den von Herzogl. Oberstaatsanwaltschaft anher eingesendeten Ministerialacten, wenn sie auch schon den Gerichten der vorigen Instanzen vorgelegen hätten, geht gar nichts für die fraglichen Verhältnisse hervor.

„Es ist demnach nicht anzunehmen, daß das Herzogl. Staatsministerium

Digitized by Google

zu Gotha als vorgesetzte Dienstbehörde der Königl. Preußischen zum Herzogl. Contingent commandirten Officiere zu betrachten sei. Dasselbe war mithin auch zu Stellung eines Strafantrags bei einer denselben zugefügten Beleidigung nicht legitimirt.

„Fehlt es sonach an einem dem Gesetze entsprechenden Strafantrag, so erscheint die Staatsanwaltschaft zu Verfolgung des Delicts nicht berechtigt und es liegt der Nichtigkeitsgrund Nr. 2 des Art. 306 der StPOrdn. vor. Die übrigen in Frage gekommenen Nichtigkeitsgründe bedürfen sonach keiner Betrachtung."

CCCCIV.

Zu Art. 306 Ziff. 5 d. StPOrdn.

Gegen den Mühlenpachter S. zur Schmelzhütte bei Altenfeld wurde von dem dasigen Gemeindevorstande bei der Fürstl. Staatsanwaltschaft zu Arnstadt zur Anzeige gebracht, daß der Denuntiat am 23. Febr. 1865 Bier gebraut habe, ohne die Gemeindeabgabe darauf zu entrichten. Der Gemeindevorstand berief sich dabei auf eine an den Schmelzhüttenbesitzer Landrichter Schmidt und den Pachter S. am 17. Dec. 1864 von dem Gemeindevorstande zu Altenfeld ergangene Zufertigung, wornach demselben aufgegeben worden sei, vom 1. Jan. 1865 an von dem in der Schmelzhüttenbrauerei abzubrauenden Biermalzschrot eine für den Ort Altenfeld festgestellte Verbrauchsabgabe von 11 Sgr. 3 Pf. für den Centner abgebrauten Biermalzschrots zur Gemeindekasse zu entrichten. Der Gemeindevorstand trug darauf an, den S. nach Ermittelung des hinterzogenen Steuerbetrags wegen Defraudation zur Untersuchung und Strafe zu ziehen. Der Angekl. bestritt, daß ihm die Verpflichtung obliege, vom gebrauten Bier eine Verbrauchsabgabe an die Gemeinde zu entrichten, indem die letztere gar nicht mehr brauberechtigt sei. Die Staatsanwaltschaft gründete ihren Strafantrag auf §. 60 u. 61 des Ges. vom 15. April 1845. Nach stattgefundener Hauptverhandlung verurtheilte das ꝛc. Justizamt zu Arnstadt den Angekl. zu 3 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. Geldstrafe ꝛc. und berief sich dabei u. a. auf §. 7, 60 u. 61 des Ges. vom 15. April 1845 — ferner auf §. 4 des Ges. vom 26. März 1854 — ferner auf ein Rescr. des Fürstl. Ministeriums vom 7. Mai 1854.

Der Angeklagte appellirte gegen diesen Strafbescheid aus dem Nichtigkeitsgrunde des Art. 306 Ziff. 5 der StPOrdn. und das Fürstl. Kreisgericht zu Arnstadt hob mittels Erkenntnisses vom 13. Juli den Justizamtsbescheid wieder auf und sprach den Angekl. von Strafe und Kosten frei und deducirte in den Gründen unter Bezugnahme auf §. 7 des Ges. v. 15. April 1845, auf das Ges. vom 26. März 1854, daß

Digitized by Google

hiernach und sonst kein Gesetz existire, welches den Angekl. zu der fr. Abgabe verpflichte.

Auf die gegen diese kreisgerichtliche Entscheidung von der Staatsanwaltschaft wegen unrichtiger Auslegung des §. 7 des Gesetzes vom 15. April 1845 und des Ges. vom 26. März 1854 eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist dieselbe durch OAGUrtheil vom 26. Oct. 1865 (Nr. 202) verworfen worden mit Ausführung folgender Gründe:

„Die Fürstl. Staatsanwaltschaft behauptet, daß dem freisprechenden Erkenntnis des Fürstl. Kreisgerichts eine unrichtige Auslegung des §. 7 des Ges. v. 15. April 1845 und des Ges. v. 26. März 1854 in sofern zum Grunde liege, als dasselbe angenommen habe, daß der Gemeinde Altenfeld kein Recht zur Erhebung einer Abgabe von Biermalzschrot dem Angekl. gegenüber zustehe, mithin auch von einer Defraudation dieser Abgabe keine Rede sein könne, während nach einer richtigen Auslegung jener gesetzlichen Bestimmungen der Gemeinde allerdings ein solches Recht eingeräumt werden müsse und der Angekl. daher durch die unterlassene Entrichtung der Abgabe sich einer Defraudation derselben schuldig gemacht habe.

„Die den alleinigen Gegenstand der Beschwerde bildende Frage, ob die Gemeinde Altenfeld zur Erhebung der Abgabe berechtigt und der Angekl. zu deren Bezahlung verpflichtet ist, hat aber keinen Bezug auf die Auslegung des Strafgesetzes.

„Das eigentliche Strafgesetz für die vorliegende That ist lediglich der §. 60 und 61 des Gesetzes vom 15. April 1845 und dieses Strafgesetz ist weder im vorigen Erkenntnis, noch von der Fürstl. Staatsanwaltschaft zum Gegenstand der Auslegung gemacht worden, vielmehr der §. 7 des Gesetzes v. 15. April 1845 und das Gesetz v. 26. März 1854, welche nicht von der Defraudation der Abgabe und der dafür angedrohten Strafe handeln. Die angezogenen §§. 60 und 61 setzen zwar, wie sich von selbst versteht und gar nicht bestritten ist, das Vorhandensein und die Hinterziehung einer rechtsbegründeten Steuer oder Abgabe voraus; die Beurtheilung der Frage aber, ob eine Steuer oder Abgabe diese Eigenschaft an sich trägt, mögen auch dabei andere gesetzliche oder sonstige Vorschriften in Betracht kommen, hat keinen Bezug auf die Auslegung des Strafgesetzes, ebensowenig wie z. B. bei dem Verbrechen des Diebstahls die Beurtheilung der Frage, ob eine Sache als eine fremde zu betrachten, oder bei der Fälschung die Frage, ob eine Urkunde als eine öffentliche oder als eine Privaturkunde anzusehen ist. Wenn es sich auch bei derartigen Fragen nicht um die Beurtheilung rein thatsächlicher Verhältnisse, sondern um rechtliche Reflexionen handelt, so betreffen diese doch nicht die Auslegung des Strafgesetzes selbst, beziehen sich vielmehr nur darauf, ob im einzelnen Falle der Gegenstand des angeklagten Verbrechens oder die verbrecherische Handlung die nach dem unbestrittenen Strafgesetze vorausgesetzte Eigenschaft habe. Da aber in solchen Fällen, wo weder die Existenz, noch die Auslegung des Strafgesetzes in Frage steht, der Nichtigkeitsgrund des Art. 306 Ziff. 5 d. StPOrdn. nicht zutreffend und die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist, so ergibt sich hieraus die Unstatthaftigkeit des vorliegenden Rechtsmittels von selbst."

Digitized by Google

CCCCV.

Zu Art. 258 d. StPOrdn.

In einer Strafsache gegen K. zu S. wegen Diebstahls, welchen er allein ausgeführt hatte, wurde gegen das den Angekl. zu einer 14-tägigen Gefängnisstrafe verurtheilende Erkenntnis des betreffenden Einzelrichters auf Grund des Art. 306 Ziff. 3 d. StPOrdn. als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht: es sei in diesem Erkenntnis nicht angegeben, ob der Angekl. als Urheber, Theilnehmer oder Begünstiger gehandelt habe.

In der Appellationsinstanz wurde bei der Berathung über diesen Nichtigkeitsgrund zwar beschlossen, dem Erkenntnis die Erläuterung beizufügen, daß der Angeklagte als Urheber bestraft werde, in der zu den Acten gebrachten Urkunde dieses Erkenntnisses war aber die vorbemerkte Erläuterung übergangen.

Der Angekl. wendete gegen dieses Erkenntnis weiter das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde mit Wiederholung jenes Grundes ein, es ist solche aber durch OAGUrtheil vom 20. Sept. 1865 (Nr. 181) verworfen und in den Gründen bemerkt worden:

„Die Absicht der Bestimmung in Nr. 1 des Art. 258 d. StPOrdn. ist hauptsächlich die, daß im Straferkenntnis das Verbrechen angegeben werden soll, welches der Angekl. begangen oder an welchem er Theil genommen hat, nicht aber hat dadurch der leere Formalismus vorgeschrieben werden sollen, es müsse im Erkenntnisse buchstäblich gesagt sein, der Angekl. sei Urheber oder Theilnehmer oder Begünstiger dieses Verbrechens, es muß vielmehr genügen, wenn schon aus dem festgestellten Thatbestande hervorgeht, in welcher Weise der Angekl. bei dem fraglichen Verbrechen gewirkt hat. So geht im vorliegenden Falle daraus, daß in dem Straferkenntnisse der Angekl. für überführt geachtet worden ist, von einem fremden Grabe einen Blumenstock, ohne dazu berechtigt zu sein und in der Absicht, denselben zu behalten, weggenommen und sich dadurch eines Diebstahls schuldig gemacht zu haben, mit hinlänglicher Deutlichkeit hervor, daß er als Urheber des fragl. Diebstahls angesehen und bestraft worden ist.“ ꝛc.

Correspondenz. 11) B. in W.: Mittheilung von Entscheidungen processualischer Fragen. 12) L. in E. a) über den Begriff einer sog. gemeinschaftlichen Beschwerde und somit über die Zulässigkeit der accessorischen Adhäsion ꝛc.; b) zur Lehre von der condict. caus. data caus. non secut.; c) über die römisch-rechtliche Regel: Semel heres semper heres.

Druckfehler-Berichtigung: S. 284 Z. 1 v. o. l. „Verwerthung“ statt „Verwerfung“.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google